



أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية



مركز
الدراسات
والبحوث

تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة)

د. محمد عبدالله محمد الشنقيطي

الرياض

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية



تعارض البيّنات في الفقه الإسلامي

(دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة)

د. محمد عبدالله محمد الشنقيطي

الطبعة الأولى

الرياض

١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م

© (١٩٩٩)، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - الرياض -

المملكة العربية السعودية. ص. ب. ٦٨٣٠ الرياض: ١١٤٥٢

هاتف ٢٤٦٣٤٤٤ (٩٦٦-١) فاكس ٢٤٦٤٧١٣ (٩٦٦-١)

البريد الإلكتروني: naass@ hotmail. Com.

Copyright©(1999) Naif Arab Academy

for Security Sciences (NAASS)

ISBN 0-96-725-9960

P.O.Box: 6830 Riyadh 11452 Tel. (966+1) 2463444 KSA

Fax (966 + 1) 2464713 E-mail naass@ mail.gcc.com.bh

© (١٤٢٠هـ) أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية

فهرسة مكتبة الملك فهد الوطنية أثناء النشر

الشنقيطي، محمد عبدالله محمد

نعارض البيّنات في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بين المذاهب الأربعة، - الرياض

٣٠٩ ص، ١٧ × ٢٤ سم

ردمك: ٥ - ٩٩ - ٧٢٥ - ٩٩٦٠

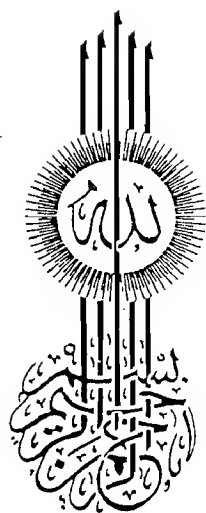
١ - الفقه الإسلامي أ - العنوان

٢٠ / ١٧١٧

ديوي ٢٥٠

رقم الايداع: ٢٠ / ١٧١٧

ردمك: ٥ - ٩٩ - ٧٢٥ - ٩٩٦٠



حقوق الطبع محفوظة
لأكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

المحتويات

المقدمة	٥
الفصل الأول	١٣
١ . ١ القضاء ومكانته في الشريعة الإسلامية	١٥
٢ . ١ الدعوى وصلتها بالقضاء	٢٠
٣ . ١ الحاجة الملحة إلى البيّنات لفض النزاع	٢٣
الفصل الثاني :	٢٥
١ . ٢ التعريف بالتعارض	٢٧
٢ . ٢ تحقيق معنى البيئة	٣٥
٣ . ٢ معنى العبارة المركبة «تعارض البيّنات»	٥٦
٤ . ٢ الفروق بين تعارض الأدلة وتعارض البيّنات	٥٩
الفصل الثالث :	٦١
١ . ٣ أركان التعارض	٦٣
٢ . ٣ شروط التعارض	٦٨
٣ . ٣ محل التعارض	٧٣
الفصل الرابع :	٨٥
١ . ٤ الشهادات	٨٧
٢ . ٤ علم القاضي	١١٢
٣ . ٤ الإقرار	١٢٥
٤ . ٤ القرائن	١٤٠

١٥٤..... ٥ . ٤ الكتابة

١٦١..... ٦ . ٤ اليمين

١٧٥..... الفصل الخامس:

١ . ٥ بيان الخلاف في البدء بالجمع قبل الترجيح عند

١٧٧..... حصول التعارض

١٨٣..... ٢ . ٥ حقيقة الجمع

١٨٧..... ٣ . ٥ طرق الجمع

١٩٥..... الفصل السادس:

١٩٨..... ١ . ٦ الترجيح بسبب الملك

٢٠٥..... ٢ . ٦ الترجيح بزيادة العدالة

٢١١..... ٣ . ٦ الترجيح بزيادة العدد

٢١٤..... ٤ . ٦ الترجيح بقوة الحجة

٢٩١..... ٥ . ٦ الترجيح بالتاريخ

٢٢٢..... ٦ . ٦ ترجيح البيئة المثبتة

٢٢٨..... ٧ . ٦ ترجيح بيئة الملك على بيئة الحوز

٢٢٩..... ٨ . ٦ الترجيح باليد

٢٣٧..... ٩ . ٦ الترجيح بالقرائن العرفية

٢٣٨..... ١٠ . ٦ اجتماع اليمين مع الترجيح

٢٤١..... الفصل السابع:

١ . ٧ موقف القاضي عند

٢٤٣..... عدم إمكان الجمع أو الترجيح

٢٥٠ ٢ . ٧ استعمال البيتين بالقسمة

٢٥٨ ٣ . ٧ استعمال البيتين بالقرعة

٢٧٥ الفصل الثامن :

٢٧٧ ١ . ٨ الاختلاف في الشهادة على السبب

٢٧٩ ٢ . ٨ الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه

٢٨٠ ٣ . ٨ اختلاف الشهود في مقدار الشهود به

٢٨٤ ٤ . ٨ الاختلاف في الزمان والمكان

٢٩١ الخاتمة

٢٩٥ المراجع

المقدمة

الحمد لله الذي لا حجة أقوى من كلامه ، ولا معارض له في أحكامه
والصلاة والسلام على سيدنا محمد ، وعلى آله وأصحابه ومن تبعهم
بإحسان إلى يوم الدين .

لقد من الله سبحانه وتعالى على هذه الأمة بأن جعل شريعته خاتمة
للشرائع ، قابلة للتطبيق في كل زمان ومكان ، فأنزل الكتاب بلسان عربي
مبين ، وأرسل رسوله ﷺ ليبين للناس ما نزل إليهم ﴿ليهلك من هلك عن
بينه ويحيى من حي عن بينه وإن الله لسميع عليم﴾^(١) .

فجاءت الشريعة من لدن حكيم عليم ، تنظم للبشر جوانب الحياة كلها
فتنظم للإنسان علاقته بنفسه ، ومجتمعه ، وكذلك تنظم علاقته بربه .

أمرت بالعدل وحققت وسائله التي تساعد عليه ، قال تعالى ﴿إن الله
يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذي القربى وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى
يعظكم لعلكم تذكرون ، وأوفوا بعهدهم الله إذا عاهدتم ، ولا تنقضوا الأيمان
بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلاً ، إن الله يعلم ما تفعلون﴾^(٢) .

جاءت بنظام القضاء ووضعت له الضوابط والوسائل التي تضمن سيره
حسب مستجدات العصور ، فسدت باب الاختلاف والشقاق بين الناس
وشرع الله سبحانه وتعالى البيّنات التي هي الدرع الواقية من النزاع أولاً ،
والدواء الشافي لما يحصل من النزاع ثانياً ، فهي الوسيلة الأولى والأخيرة
لفض النزاع . قال صلى الله عليه وسلم (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى

(١) سورة الأنفال ، الآية ٤٢ .

(٢) سورة النحل ، الآيات ٩٠ ، ٩١ .

رجال دماء قوم وأموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر^(١).

والبيّنات إذا لم تتعارض وتختلف فيما بينها فالخطب يسير والحكم واضح، لكنها عندما تتعارض وتختلف، يقع الإشكال ويحتاج الأمر إلى فقه ودراية حتى يأخذ المظلوم حقه، ويحصل العدل الذي به أمر الله سبحانه، وبه قامت السموات والأرض.

وقد أصبح التعارض المذكور سهل الوقوع عندما قل الخوف من الله عز وجل وكثر الظلم، واستخف الكذب، فلا أسهل على الإنسان الظالم اليوم من أن يقول لحميمه: ادع ما شئت وأنا أشهد لك به، فتعارض البيّنات ويقف القاضي حائراً أمامها.

ولما كان تعارض البيّنات أصعب نقطة يقف عندها القاضي وتعارض سبيل العدل، اخترته عنواناً للبحث لأسهم بقدر الإمكان في حل هذه المشكلة، ثم إنني كنت أميل إلى دراسة بعض المواضيع المتعلقة بعلم القضاء لما للقضاء في شريعتنا من أهمية في كل العصور، وفي هذا العصر بصفة خاصة، حيث إن كثيراً ممن ينتسبون إلى الإسلام أحلوا محله في الحكم القوانين الوضعية التي لا تصلح لحكم البشرية ﴿أفحكم الجاهلية يبغون﴾ ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون^(٢).

(١) أخرجه البيهقي بهذا اللفظ وقال ابن حجر: إن إسناده صحيح، وأخرجه الترمذي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده بلفظ: البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، وفي شرح السنة للبغوي (عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال البينة على المدعى وأحسبه قال واليمين على المدعى عليه) قال البغوي هذا حديث صحيح «السنن الكبرى» ١/ ٢٥٢ طبعة دار الفكر، بلوغ المرام من أدلة الأحكام لأبن حجر، ص ٢٦٠ طبعة الشيخ الجدوع تحقيق رضوان، سنن الترمذي ٢/ ٣٩٩ طبعة دار الفكر بتاريخ ١٣٩٤هـ، شرح السنة للبغوي ١٠/ ١٠١ المكتب الإسلامي طبعة أولى ١٣٩٦هـ بتحقيق شعيب الأرناؤوط.

(٢) سورة المائدة، الآية ٥٠.

وقد بدأت مؤشرات الرجوع إلى تطبيق الشريعة تلوح في أوساط المسلمين بعد أن أدركوا عدم صلاحية تلك القوانين الجائرة، وعدم تلاؤمها مع الفطرة الإنسانية والمصلحة التي بها جاء الشرع .

وإذا لم يحظ علم القضاء - في هذه المرحلة - بنصيب وافر من الدراسة المتجددة، وإذا لم يتجه إليه طلاب العلم بالبحث، ليحموه من صولات القانونيين، وعبت العابثين، ليكونوا بذلك من عدول هذا الخلف المعنيين بقوله - صلى الله عليه وسلم - «يحمل هذا العلم من كل خلف عدوله ينفون عنه تحريف الغالين وانتحال المبطلين، وتأويل الجاهلين»^(١) .

فسيبقى الباب مفتوحاً أمام المغرضين ليصفوا قضاءنا بالجمود والتحجر وشريعتنا بأنها لم تعد صالحة للتطبيق في عصر غزو الفضاء .

إن تعارض البيانات في الفقه يتصل اتصالاً وثيقاً بالتعارض في أصول الفقه، فالقاضي عندما تتعارض لديه البيانات يحاول الجمع بينها إن أمكن وإلا رجح بطريق من طرق الترجيح، وكذلك المجتهد إذا تعارضت لديه الأدلة حاول الجمع بينها، ثم الترجيح - مثلاً - وهكذا .

ومن هنا كان بعض مباحث تعارض البيانات عبارة عن مزيج بين الفقه وأصوله اللذين لا يستقل أحدهما دون الآخر، وهكذا ما يغفل عنه كثير من الباحثين، فإذا أخذوا موضوعاً فقهياً ابتعدوا به عن الأصول، وكذلك إذا بحثوا موضوعاً أصولياً أغفلوا كثيراً من التطبيقات والثمرات الفقهية، وذلك مما زادني رغبة في الإسهام في تلافي هذه الظاهرة .

(١) أخرجه الخطيب البغدادي بعدة طرق وقال صححه أحمد «شرف أصحاب الحديث للخطيب البغدادي ٢٨ - ٣٠ طبعة دار احياء السنة النبوية تحقيق الدكتور محمد سعيد خطيب أوغلي» .

وعلى الرغم من أهمية موضوع «تعارض البيّنات» فلم أجد من تعرض لبحثه في رسالة علمية، ولا من كتب فيه من المؤلفين سوى القليل.

كغانم البغدادي المتوفى بعد سنة ١٠٢٧هـ حيث ألف كتاباً مختصراً أسماه «ملجأ القضاة عند تعارض البيّنات» وهو يوجد الآن ضمن مخطوطات المكتبة المركزية بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض، وقد حققه أحد طلاب كلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة.

وكمحمود حمزة مفتي الشام المتوفى سنة ١٣٠٥هـ حيث ألف كتاباً سماه «الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجحة» وقد طبع هذا الكتاب وهو مختصر جداً كسابقه، وكلاهما حنفي المذهب.

وقد اتخذ هذان المؤلفان طريقة قديمة في التأليف حيث لم يضعوا قواعد للترجيح يرجع إليها، وإنما يأتیان بتراجم بعض أبواب الفقه، ويدرجان تحتها بعض الأمثلة المفترضة، ويرجحان بعض البيّنات على بعض، داخل المذهب الحنفي فقط، ودون ذكر سبب الترجيح.

ومن ناحية أخرى فإنهما لم يتعرضا للتعارض من حيث التعريف به وبيان حقيقته من أركانه، وشروطه، ومحلّه، وكذلك لم يتطرقا للجمع بين البيّنات، ولا لموقف القاضي عند تعذر الجمع والترجيح.

وقد عثرت على كتاب بعنوان «وظائف القضاة في أصول المرافعة وترجيح إحدى البيّنات» لأحد القضاة اليمنيين اسمه الحسن بن الحسن صدقي، انتهى من تأليفه سنة ١٢٨٩هـ وهو مقتصر على المذهب الحنفي كسابقه.

وبعد المطالعة في هذا الكتاب اتضح لي أنه لم يتطرق لتعارض البيانات إلا في صفحة واحدة ونصف صفحة، إذ كان مختصراً جداً لا يتجاوز مائة صفحة من الورق الصغير وقد حظيت أحكام الدعوى والشهادات الأخرى بنصيب الأسد منه . . . وتوجد منه طبعة حجرية قديمة بمكتبات جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض .

وقد كان قصور هذه المؤلفات التي ألفت في تعارض البيانات وترجيحها من الدواعي التي دعنتني إلى البحث فيه، لعلني أسد هذه الثغرة ببحث مقارن بين المذاهب الأربعة المعمول بها في أغلب بلاد المسلمين اليوم، وبتنظيم بعض القواعد في الترجيح والكشف عن حقيقة التعارض بصفة عامة .

وقد اشتمل الكتاب على ثمانية فصول وخاتمة .

الفصل الأول : ويشتمل على لمحة موجزة عن القضاء من حيث التعريف به لغة واصطلاحاً وأدلة مشروعيته ومكانته في الشريعة الإسلامية . وعن الدعوى من حيث تعريفها في اللغة والاصطلاح ، وصلتها بالقضاء وبيان الفرق بين المدعي والمدعى عليه ، كما ألمحت فيه إلى الحاجة الملحة إلى البيانات لفض النزاع .

وفي الفصل الثاني : تناولت معنى تعارض البيانات فعرفت التعريف بالتعارض في اللغة والاصطلاح ، وحققت معنى البيانات في اللغة واصطلاح جمهور الفقهاء ، ومعناها عند ابن حزم ، وعند شيخ الإسلام ابن تيمية ، وابن القيم ، وابن فرحون ومن وافقهم ثم بينت الراجح فيها . وختمت الفصل ببيان معنى العبارة المركبة «تعارض البيانات» ، وبيان الفرق بين تعارض الأدلة وتعارض البيانات .

اما الفصل الثالث : فخصصته لبيان حقيقة التعارض فبينت أركانه وشروطه ومحلّه، واشتمل ذلك على تعريف الركن والشرط وبيان الفرق بينهما، وبيان محل التعارض باعتبار قوة الحجة وضعفها.

كما تناول الفصل الرابع : ما يتعارض من البيانات وهو : الشهادات، وعلم القاضي، والإقرار، والقرائن، والكتابة، واليمين. واشتمل ذلك على تعريف كل وسيلة من هذه الوسائل، وبيان حكماتها ومشروعاتها وأمثلة متنوعة لتعارضها.

والفصل الخامس : في دفع التعارض بطريق الجمع : فتطرق لتقديم الجمع على الترجيح، ولحقيقة الجمع من حيث تعريفه وحكمه وشروطه، وذكر أمثلة متنوعة لما يمكن الجمع بينه من البيانات.

وكان الفصل السادس : في دفع التعارض بطريق الترجيح فاشتمل على تعريفه وبيان أشهر طرقه وهي : الترجيح بسبب الملك، الترجيح بزيادة العدالة، الترجيح بزيادة العدد، الترجيح بقوة الحجة، الترجيح بالتاريخ، ترجيح البينة المثبتة، أو المتضمنة زيادة، أو الناقلة عن الأصل، ترجيح بينة الملك على بينة الحوز، الترجيح باليد، الترجيح بالقرائن العرفية، وختم هذا الفصل بحكم اجتماع اليمين مع الترجيح.

وأما الفصل السابع : ففي العمل عند تعذر الترجيح : وقد اشتمل على بيان موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح، وبيان طريقة استعمال البينتين عند القائلين به، استعمال البينتين بالقسمة، استعمال البينتين بالقرعة.

وفي الفصل الثامن : بيان اختلاف الشهادة ، وأثره على المشهود به ، وتطرق فيه الباحث لبيان الفرق بين تعارض البيانات واختلافها ، ثم بيان حكم الاختلاف في الشهادة على السبب وهو مصدر الحق الذي كان سبباً في ثبوته ، أو في جنس المشهود به أو نوعه أو مقداره ، مع بيان الأمثلة لجميع هذه الحالات ، وختم الفصل ببيان حكم اختلاف الشهود في الزمان والمكان ، سواء كان اختلافهما على القول أو على الفعل ، وجاءت الخاتمة بعد هذه الفصول متضمنة أهم النتائج التي تم التوصل إليها أثناء البحث .

الفصل الأول

- ١ . ١ القضاء ومكانته في الشريعة الإسلامية .
- ١ . ٢ الدعوى وصلتها بالقضاء .
- ١ . ٣ الحاجة الملحة إلى البينات لفض النزاع .

تمهيد وملحة موجزة عن

١ . ١ القضاء ومكانته في الشريعة الإسلامية

أ- تعريف القضاء

تعريفه لغة :

ورد القضاء مستعملاً في اللغة في عدة معان ، وهي ترجع في الحقيقة إلى معنى انقطاع الشيء وتماهه^(١).

ومن تلك المعاني

١- الحكم ، قضى يقضى أي حكم ، ومنه قوله تعالى : ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه﴾^(٢).

٢- الفراغ يقال قضى حاجته أي فرغ منها .

٣- وبمعنى الأداء : تقول قضى دينه أي أداه .

٤- وضربه فقضى عليه : أي قتله كأنه فرغ منه^(٣).

(١) الصحاح للجوهري ٦/ ٢٤٦٥ «قضى» طبعة ثانية ، دار العلم للملايين ، بيروت ، لسان العرب لابن منظور ٣/ ١١١ ، ١١٢ «قضى» ، طبعة كبيرة ، دار لسان العرب ، بيروت .

(٢) سورة الأسراء ، الآية ٢٣ .

(٣) الصحاح ٦/ ٢٤٦٥ ، لسان العرب ٣/ ١١١ ، ١١٢ .

واصطلاحاً

- عرفه بعض الحنفية وبعض المالكية بأنه : (الإخبار بحكم شرعي على وجه الإلزام)^(١).

- وعرفه الشافعية بأنه (إظهار حكم الشرع في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه)^(٢).

- كما عرفه الحنابلة بأنه : (تبين الحكم الشرعي ، والإلزام به وفصل الخصومات)^(٣).

وهذه التعريفات - وإن لم تتفق كلها في العبارات - إلا أنها متقاربة في المعنى - فكلها تفيد أن القاضي يبين الحق ويلزم به ، بخلاف المفتي فإنه لا يلزم بالحق وإنما يبينه فقط ، كما أنها تضمنت أركان القضاء الستة وهي : القاضي - المقضي به - المقضي له - المقضي فيه - المقضي عليه - وكيفية القضاء .

ب - أدلة مشروعية القضاء

لقد دل القرآن والسنة وإجماع الأمة على مشروعية القضاء ومكانته .

(١) معين الحكام للطرابلسي ، ص ٧ ، طبعة ثانية ، البابي الحلبي ، ١٣٩٣ هـ . تبصرة الحكام لابن فرحون ١ / ١٢ بهامش فتح العلي المالك لعليش ، طبعة دار المعرفة . حلي المعاصم شرح تحفة ابن عاصم للتاودي بهامش البهجة في شرح التحفة ١ / ١٤ ، طبعة الثالثة ، ١٣٩٧ هـ ، دار المعرفة ، بيروت .

(٢) مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤ / ٣٧٢ ، دار الفكر .

(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣ / ٤٥٩ ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ١٣٦٦ هـ . .

أما الكتاب فأيات كثيرة منها :

١ - قوله تعالى ﴿يا داود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق﴾^(١).

٢ - وقوله : ﴿إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله﴾^(٢).

٣ - وقوله : ﴿وأن حكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك فإن تولوا فاعلم أنما يريد الله أن يصيبهم ببعض ذنوبهم وأن كثيراً من الناس لفاسقون ، أفحكم الجاهلية يبغون ومن أحسن من الله حكماً لقوم يوقنون﴾^(٣).

٤ - وقوله : ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل إن الله نعما يعظكم به إن الله كان سميعاً بصيراً﴾^(٤).

... إلى غير ذلك من الآيات الأمرة بالحكم بالعدل والقسط ولا يتأتى ذلك إلا بوجود القضاء .

(١) سورة ص ، الآية ٢٦ .

(٢) سورة النساء ، الآية ١٠٥ .

(٣) سورة المائدة ، الآية ٤٩ ، ٥٠ .

(٤) سورة النساء ، الآية ٥٨ .

وأما السنة فمنها :

١- قوله ﷺ : (إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران وإذا حكم فاجتهد، ثم أخطأ فله أجر) ^(١).

٢- وقوله ﷺ (لا حسد إلا في اثنتين رجل آتاه الله مالا فسلط على هلكته في الحق، ورجل آتاه الله الحكمة فهو يقضي بها ويعلمها) ^(٢).

٣- وعن أم سلمة- رضي الله عنها- أن رسول الله ﷺ قال : (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئاً فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار) ^(٣).

(١) أخرجه الجماعة إلا مالكا (انظر صحيح البخاري مع فتح الباري ٣١٨/١٣ كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد- طبعة المطبعة السلفية، صحيح مسلم ٣/١٣٤٢ كتاب الأقضية، باب أجر الحاكم إذا اجتهد، طبعة دار إحياء التراث، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٦، الحديث رقم ٢٣١٤، طبعة بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . سنن أبي داود مع بذل المجهود في حل أبي داود ١٥/٢٥٤، طبعة دار الحديث . سنن الترمذي ٢/٣٩٢، طبعة دار الفكر بتحقيق عبدالرحمن محمد عثمان . سنن النسائي، بشرح السيوطي مع حاشية السندي ٨/٢٢٤، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت . مسند الإمام أحمد بترتيب عبدالرحمن البنا المسمى الفتح الرباني ومعه بلوغ الأماني، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجه واللفظ للبخاري (صحيح البخاري مع الفتح ٦٥/١ صحيح مسلم ١/٥٥٩، سنن ابن ماجه ٢/١٤٠٧).

(٣) أخرجه الجماعة (انظر صحيح البخاري مع الفتح ١٢/٣٣٩ كتاب الحيل الباب العاشر، صحيح مسلم ٣/١٣٣٨ . كتاب الأقضية باب الحكم بالظاهر . سنن ابن ماجه ٢/٧٧٦ الحديث رقم ٢٣١٧ . الموطأ ٢/٧١٩ . كتاب الأقضية باب الترغيب في القضاء بالحق، طبعة بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي . سنن أبي داود مع بذل المجهود ١٥/٢٦١ . سنن الترمذي ٢/٣٩٨ . سنن النسائي ٨/٢٤٧ . الفتح الرباني بترتيب المسند ١٥/٢١٤).

إلى غير ذلك من فعله ﷺ وتقريره لأصحابه بالقضاء أمامه .

ولقد أجمع المسلمون على مشروعية القضاء ، يقول ابن قدامة ^(١) :

(وأجمع المسلمون على مشروعية نصب القضاة والحكم بين الناس) ^(٢) .

ج - مكانة القضاء

لا شك أن القضاء من الولايات العظيمة في الإسلام لأنه وسيلة للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ونصرة المظلوم وردع الظالم عن ظلمه ، والإصلاح بين الناس .

يقول ابن فرحون ^(٣) «لأنه - يعني القضاء - منصب علي ومقام نبوي به الدماء تعصم وتسفح ، والأبضاع تحرم وتنكح ، والأموال يثبت ملكها ويسلب ، والمعاملات يعلم ما يجوز منها ويحرم ويكره ويندب» ^(٤) .

(١) هو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ، ثم الدمشقي أبو محمد المعروف بموفق الدين ، فقيه زاهد حنبلي له تأليف كثيرة منها ، (المغني) و(الكافي) في الفقه و(روضة الناظر) في أصول الفقه ، توفي سنة ٦٢٠ هـ (مختصر طبقات الحنابلة ٤٥ ، شذرات الذهب ٨٨ / ٥) .

(٢) المغني له ٣٤ / ٩ طبعة مكتبة الرياض الحديثة ، سنة ١٤٠١ هـ .

(٣) هو إبراهيم بن علي بن محمد بن فرحون ، أبو الوفاء ، برهان الدين اليعمري المالكي ، ولد ونشأ ومات بالمدينة ورحل في طلب العلم إلى كثير من البلاد وقد تولى قضاء المدينة ، له تأليف كثيرة منها (الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب) و(تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام) وغيرهما ، توفي سنة ٧٩٩ هـ (شذرات الذهب ٦ / ٣٥٧ ، الأعلام للزركلي ١ / ٥٢) .

(٤) تبصرة الحكام له ١ / ٥ ، ٦ .

ولذلك فقد احتل مكاناً مرموقاً في كتب الفقه الإسلامي إذ عُني به العلماء واهتموا به اهتماماً خاصاً فهو من أكثر أبواب الفقه تطبيقاً وصلة بالحياة .

قال مالك بن أنس - رحمه الله تعالى - (كان الناس يقدمون إلى المدينة من البلاد ليسألوا عن علم القضاء ، وليس كغيره من العلوم . . .)^(١) .

ومما يدل على فضله ومكانته أن المخطئ فيه مأجور كالمصيب - وإن تفاضلا في مقدار ذلك الأجر - ما دام المخطئ قصد الحق باجتهاده .

١ . ٢ الدعوى وصلتها بالقضاء

تحتل الدعوى ثلاثة أركان من أركان القضاء السالف ذكرها وذلك أن الدعوى إنما تتصور إذا وجد مدع وهو الذي تصدر منه الدعوى من الخصمين ، ومدعى عليه وهو الذي تكون الدعوى عليه ، ومدعى به وهو الشيء المدعى ، ولمعرفة المدعي من الخصمين من المدعى عليه أهمية كبيرة لرفع الإشكال ووضوح الحكم أمام القاضي .

يقول سعيد بن المسيب^(٢) (أما رجل عرف المدعي من المدعى عليه لم يشكل عليه القضاء)^(٣) .

(١) المرجع السابق ٦/١ .

(٢) سعيد بن المسيب بن حزن القرشي المدني ، من أجلّ التابعين جمع بين الفقه والحديث والورع وكثرة العبادة ، أحد فقهاء المدينة السبعة ، روى عن كثير من الصحابة . توفي سنة ٩٤ هـ (شذرات الذهب ١/١٠٢ ، الأعلام ٣/١٠٢) .

(٣) تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي بهامش الفروق ٤/١١٨ ، عالم الكتب ، بيروت ، البهجة في شرح التحفة للتسولي ١/٢٥ ، دار المعرفة ، بيروت ١٣٩٧ هـ .

وقبل ذكر بعض ما قاله الفقهاء في الفرق بينهما ينبغي التعريف بالدعوى
إذ بتعريفها يتضح الفرق أكثر .

أ - تعريفها لغة

الدعوى لغة : اسم لما يدعيه الإنسان على غيره ، وجمعها دعاوى ،
ودعاو وادعى كذا أي زعم أن له حقاً أو باطلاً^(١) .

ب - وأما اصطلاحاً فقد عرفها القرافي^(٢) بأنها :

طلب معين ، أو ما في ذمة معين ، أو ما يترتب عليه أحدهما ، معتبرة
شريعاً ، لا تكذبها العادة .

شرح التعريف

- لفظ «طلب» يشمل الدعوى بالقول والدعوى المكتوبة .

- لفظ «معين» يفيد اشتراط المعلوماتية في الحق المدعى ، كدعوى الشخص أنه
اشترى السلعة المعينة من فلان أو أنها عصبت منه .

- أو ما في ذمة معين : كالديون والسلم يدعيها شخص في ذمة آخر معين ،
إما بالشخص كزيد - مثلاً - أو معين بالصفة كدعوى الدية على العاقلة ،
والقتل على جماعة .

(١) لسان العرب ١/ ٩٨٦ ، ٩٨٧ «دعا» القاموس المحيط للفيروز آبادي ٤/ ٣٢٩
«الدعاء» . الحلبي ١٣٧١ هـ ، المعجم الوسيط ١/ ٢٨٧ «الداعي» .

(٢) هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن ، شهاب الدين ، أبو العباس ، القرافي
المصري إمام ، علامة ، مالكي ، حافظ ، فقيه ، أصولي ، له معرفة بالعلوم العقلية
وبالتفسير ، أخذ عن عز الدين بن عبد السلام الشافعي وغيره ، صنف تصانيف
كثيرة منها ، «الفروق» في القواعد ، «الذخيرة» في الفقه وغيرهما ، توفي سنة
٦٨٤ هـ «الديباج المذهب ٦٢ - ٦٣ ، الأعلام ١/ ٩٤» .

- أو ما يترتب عليه أحدهما : كدعوى المرأة الطلاق أو الردة على زوجها فيترتب لها حوز نفسها ، ودعوى الوارث المسلم أن أباه مات مسلماً فيترتب له الميراث المعين .

- معتبرة شرعاً : احتراز من دعوى عشر سمسة مثلاً ، فإنه لا يترتب عليه نفع شرعي فلا يسمع الحاكم الدعوى به .

- لا تكذبها العادة : كدعوى بنوة من هو أسن منه فلا تسمع لتكذيب العادة لها^(١) . وتتفاوت دقة التمييز بين المدعي والمدعى عليه حسب الوقائع والدعوى ، فقد يخفى التفريق بينهما في بعض الصور ، ويظهر في بعض ، ويلعب ذكاء القاضي وفطنته دوراً كبيراً في ذلك ، وإن شريحاً^(٢) وهو على موهبته القضائية وفطنته الفائقة يقول (وليت القضاء وكنت أرى أنه لن يشكل علي فيه ، وأول قضية رفعت إلي أشكل علي الفرق بين المدعي والمدعى عليه)^(٣) .

كما يحتاج إلى معرفة الضوابط التي وضعها الفقهاء - أمام القاضي للفرقة بينهما ، فمن ذلك :

أ- ما ذكره الكاساني^(٤) من أن المدعي من إذا ترك الخصومة لا يجبر

(١) الفروق ٧٢/٤ ، عالم الكتب ، بيروت .

(٢) شريح بن الحارث بن قيس بن الجهم أبو أمية الكندي ، اختلف في صحبته ، ولي قضاء الكوفة زمن عمر بن الخطاب كان ثقة في الحديث مأموناً في القضاء توفي سنة ٨٧ وقيل ٨٢ هـ (تقريب التهذيب ٣٤٩/١ ، شذرات الذهب ٨٥/١) .

(٣) معين الحكام ٥٤ .

(٤) هو ابوبكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، علاء الدين ، أحد أعلام المذهب الحنفي ، فقيه أصولي ، له مؤلفات منها (السلطان المبين في أصول الدين) و(بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع) توفي بحلب سنة ٥٨٧ هـ (الجواهر المضيئة ٢٥/٤ - ٢٨ ، الفوائد البهية ٥٣) .

- عليها، والمدعى عليه من إذا ترك الجواب يجبر عليه^(١).
- ب- وما ذكره القرافي من أن المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف^(٢).
- ج- وقريب منه قول الرملي^(٣) (إن المدعي من يخالف قوله الظاهر والمدعى عليه من يوافقه)^(٤).
- د- وقول ابن قدامة : (المدعي : من إذا ترك لم يسكت ، والمدعى عليه من إذا ترك سكت)^(٥).

ولا منافاة بين الضوابط المذكورة بل إن بعضها يؤيد بعضاً.

١ . ٣ الحاجة الملحة إلى البينات لفض النزاع

إذا عرف القاضي المدعي من المدعى عليه فقد اجتاز عقبة كأداء ، ولكن لم يتوقف الأمر عند ذلك ، فعليه أن يطلب البينة من المدعي ، لقول الرسول - صلى الله عليه وسلم - (البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

(١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع له ٢٢٤ / ٦ ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ١٤٠٢ هـ .

(٢) الفروق له ٧٥ / ٤ .

(٣) هو : محمد بن أحمد بن حمزة ، شمس الدين الرملي فقيه مصري شافعي ، يقال له الشافعي الصغير ، من مصنفاته : (نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج) ، (غاية البيان شرح زبد ابن رسلان) توفي سنة ١٠٠٤ هـ (الأعلام ٧ / ٦ ، معجم المؤلفين ٢٥٥ / ٨) .

(٤) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج له ٣٣٩ / ٨ ، المكتبة الإسلامية للحاج الشيخ .

(٥) المغني له ٢٧١ / ٩ .

فلا يمكن فصل النزاع بدون الالتجاء إلى طريق من طرق الإثبات التي بها يتقرر مصير الدعوى وإلا كانت الدعوى ساقطة الاعتبار، إذ كل ادعاء يحتاج إلى دليل، وكل قول لا يؤخذ به إلا بالحجة والبرهان، وكل حق يبقى ضعيفاً مهدداً بالضياع ما لم يدعم بالإثبات^(١).

ولما كان المدعي أضعف جانباً من المدعى عليه أصبح عبء الإثبات ملقى على عاتقه.

ولكن كثيراً ما تخرج القضية عن مجراها الطبيعي فيقدم كل من الخصمين بينة مقبولة لصالحه، ويصبح القاضي أمام شخصين كل منهما يدعي الحق، ويدعم قوله بالحجة والبرهان.

فكيف يتصرف القاضي أمام تينك البيتين؟ فهل يحاول الجمع بينهما؟ أو تتساقطان فيبحث عن غيرهما؟ أو أنه يعمل بإحدهما دون الأخرى؟ وإذا كان الأمر كذلك فبأيهما يعمل؟ وأيهما يترك؟

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد مصطفى الزحيلي، ص ٣٤، مكتبة دار البيان، ١٤٠٢ هـ.

الفصل الثاني

- ٢ . ١ التعريف بالتعارض
- ٢ . ٢ تحقيق معنى البيئة
- ٢ . ٣ معنى العبارة المركبة (تعارض البيانات)
- ٢ . ٤ الفروق بين تعارض الأدلة وتعارض البيانات

بيان معنى تعارض البيانات

٢ . ١ التعريف بالتعارض

- التعريف اللغوي للتعارض .
- التعريف الاصطلاحي للتعارض .

التعريف اللغوي

من تتبع مادة «عرض» في اللغة وجدها مستعملة في معان كثيرة، إلا أننا سنقتصر على ماله صلة بموضوعنا منها، وقبل ذكر الاستعمالات لأبد من بيان أصل البناء، ونكتفي بما قاله ابن فارس^(١) في ذلك إذ يقول :

(العين والراء والضاد بناء تكثر فروعه وهي مع كثرتها ترجع إلى أصل واحد، وهو العرض الذي يخالف الطول، ومن حقق النظر ودققه علم صحة ما قلناه)^(٢).

ومن المعاني التي تعيننا مما استعملت فيه :

- ١- المنع : يقال اعتراض الشيء صار عارضاً ومانعاً كالخشبة تعترض في النهر والطريق، فتمنع المارة سلوك تلك الطريق .
واعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه^(٣).

(١) هو أحمد بن زكريا بن فارس اللغوي كنيته أبو الحسين كان إماماً في النحو واللغة فقيهاً مالكيّاً أديباً شاعراً توفي سنة ٢٩١ هـ (الديباج المذهب ٣٥، الأعلام ١/ ١٩٣).

(٢) معجم مقاييس اللغة له ٢٦٩ / ٤ مادة (عرض) طبعة الحلبي بمصر، سنة ١٩٧١ م تحقيق عبدالسلام هارون .

(٣) الصحاح للجوهري ٣ / ١٠٨٤ مادة (عرض)، لسان العرب لابن منظور ٢ / ٧٣٧، مادة (عرض).

ومنه قوله تعالى : ﴿ولا تجعلوا الله عرضة لأيمانكم أن تبروا﴾^(١).

أي مانعة وحائلة عن أن تبروا^(٢).

ومنه أيضاً : الاعتراضات على الدليل لأنها تمنع من التمسك به ، وكذلك تعارض البيانات ، لأن كل واحدة تعترض الأخرى وتمنع نفوذها^(٣).

٢ - مجانية الشيء والعدول عنه يقال عارضه أي جانبه وعدل عنه^(٤).

فالبيتان المتعارضتان كل واحدة منهما تجانب مقتضى ما عند الأخرى وتعديل عنه .

٣ - المقابلة يقال عارض الشيء بالشيء إذا قابله به قال ابن منظور^(٥) (عارض الشيء بالشيء قابله ، وعارضت كتابي بكتابه أي قابلته)^(٦).

ومنه ما جاء في الحديث عن عائشة عن فاطمة - رضي الله عنهما - (أسر إلي النبي صلى الله عليه وسلم أن جبريل كان يعارضني بالقرآن كل سنة وإنه عارضني العام مرتين ولا أراه إلا حضر أجلي)^(٧).

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٢٤ .

(٢) البحر المحيط لأبي حيان ، ١٧٦ / ٢ ، الناشر : مطابع النصر الحديثة ، الرياض .

(٣) أساس البلاغة للزمخشري ٤١٤ ، ٤١٥ ، طبعة دار صادر ، بيروت ١٣٩٩ هـ .

وانظر المصباح المنير للمقري الفيومي ٢ / ٢٤ (عرض) طبعة قديمة .

(٤) الصحاح للجوهري ٣ / ١٠٨٤ (عرض) ، لسان العرب ٢ / ٧٣٧ (عرض) .

(٥) هو محمد بن مكرم بن علي بن منظور الأنصاري اللغوي المصري ، لقبه جمال الدين ،

كنيته أبو الفضل ، كان لغوياً أديباً مليح الإنشاء ولي قضاء طرابلس وعنده تشيع بلا

رفض توفي ٧١١ هـ (شذرات الذهب ٦ / ٢٦ ، الأعلام للزركلي ٧ / ١٠٨) .

(٦) لسان العرب له ٢ / ٧٣٧ (عرض) .

(٧) أخرجه البخاري ، ومسلم ، وابن ماجه ، وأحمد (صحيح البخاري مع الفتح

٩ / ٤٣ ، صحيح مسلم ٤ / ١٩٠٥ ، سنن ابن ماجه ١٨ / ٥١٨ ، الفتح الرباني ترتيب

المسند ٢٢ / ٩٣) .

أي كان يدارسه جميع ما نزل من القرآن من المعارضة بمعنى المقابلة^(١).
ومثله ما ذكره الرازي^(٢) حيث قال (عارض الكتاب بالكتاب قابله)^(٣).
ومثله في القاموس المحيط (عارض الكتاب قابله)^(٤).
ويقال عارض فلان فلاناً إذا أخذ في طريق وأخذ الآخر في طريق فالتقيا
وتقابلا.

فكان البيتين إذا تعارضا وقفت كل واحدة منهما في وجه الأخرى
وقابلتها، فمنعتها من النفوذ إلى وجهتها.
٤- المساواة والمثل : يقال عارض فلان فلاناً إذا فعل فعلاً مساوياً لفعله ومماثلاً
له.

جاء في لسان العرب (وعارضته بمثل ما صنع أي أتيت إليه بمثل ما أتى،
وفعلت مثل ما فعل)^(٥).

ومثله ما في القاموس (ومنه المعارضة كأن عرض فعله كعرض فعله)
وشرحه صاحب التاج^(٦) بقوله :

- (١) فتح الباري لابن حجر ٩/ ٤٣ - الطبعة السلفية - ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .
- (٢) هو الإمام محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي لقبه زين الدين من فقهاء الحنفية
في القرن السابع الهجري له عدة كتب منها (الذهب الابريز في تفسير الكتاب
العزیز، ومختار الصحاح، توفي بعد سنة ٦٦٦ هـ. (انظر الأعلام ٦/ ٥٥).
- (٣) مختار الصحاح له ٤٢٤ (عرض) طبعة دار علوم القرآن ١٤٠٥ هـ.
- (٤) الفيروز ابادي ٢/ ٣٤٨ (عرض).
- (٥) انظر ٢/ ٧٣٧ (عرض).

(٦) هو محمد بن محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني الزبيدي، أبو الفيز،
الملقب بالمرتضى، علامة في اللغة والحديث، والأنساب، أصله من العراق
ومولده بالهند، ومنشؤه في زييد باليمن، من تصانيفه (تاج العروس في شرح
القاموس) و(تحاف السادة المتقين) شرح الإحياء للغزالي، وغيرهما، توفي سنة
١٢٠٥ هـ (الأعلام ٧/ ٧٠، معجم المؤلفين ١١/ ٢٨٢).

(أي كأن عرض الشيء مثل عرض الشيء الذي فعله)^(١).

- وجاء أيضاً في مختار الصحاح (عارضه بمثل ما صنع أتى إليه بمثل ما أتى)^(٢).

ولهذا المعنى فإن أكثر الأصوليين والفقهاء لا يعتبرون التعارض إلا بين متساويين من جهة الثبوت والدلالة بالنسبة للدليلين، ومن جهة القوة والحجية بالنسبة، للبيتين مثلاً^(٣).

التعريف الاصطلاحي للتعارض

من نظر إلى ما عبر به الأصوليون والفقهاء عن التعارض في اصطلاحهم يرى أنهم لم يخرجوا بعيداً عن المعاني اللغوية التي اخترناها من بين المعاني التي استعملت فيها مادة (العرض)، وكذلك لم تختلف عباراتهم على الرغم من وجود الفارق بين التعارض الذي يبحثه الأصوليون، وبين التعارض الذي يبحثه الفقهاء.

- وعلى الرغم من وجود الخلاف بينهم في مسائل أصولية كاختلافهم في جواز وقوع التعارض بين الأدلة الظنية أو القطعية، وكاختلافهم في اشتراط التساوي بين المتعارضين وعدم اشتراطه.

(١) تاج العروس للزبيدي ٤٤ / ٥ (عرض) طبعة دار صادر، بيروت ١٣٨٦ هـ.

(٢) انظر ص ٤٢٥ (عرض).

(٣) أنظر أصول البزدوى وعليه كشف الأسرار للبخاري ٧٦ / ٣ ، ٧٧ طبعة دار الكتاب العربي، بيروت، ١٣٩٤ هـ.

وسنذكر بعض العبارات التي قالوها - مكثفين بمثال أو مثالين من
نصوص كل مذهب من المذاهب الأربعة - لتتضح النسبة بين المعنى اللغوي
والاصطلاحي للتعارض من حيث هو :

أولاً : الحنفية

١ - عرفه السرخسي^(١) بأنه التقابل ، فقال :

(هو تقابل الحجتين)^(٢) .

٢ - ومثله النسفي^(٣) إذ يقول هو (تقابل الحجتين على السواء)^(٤) .

ثانياً : من المالكية : ابن الحاجب عبر عن التعارض بالتقابل والتعادل^(٥)
والتعادل هو التساوى .

(١) السرخسي هو محمد بن أحمد بن أبي سهل المعروف بشمس الأئمة فقيه حنفي
أصولي والسرخسي نسبة إلى سرخس بلدة قديمة في خراسان له في الأصول أصول
السرخسي وفي الفقه المبسوط وغيرهما قيل توفي سنة ٤٩٠ هـ وقيل ٥٠٠ هـ .
(الفوائد البهية في تراجم الحنفية للكنوي ١٥٨) .

(٢) أصول السرخسي ١٢ / ٢ ، نشر دار المعرفة ، بيروت ، تحقيق الأفغاني .

(٣) النسفي هو عبدالله بن أحمد بن محمود ابوالبركات حافظ الدين ، والنسفي
نسبة إلى نسف من بلاد السعد فيما وراء النهر حنفي فقيه أصولي بارع في
الحديث ، له مؤلفات كثيرة منها (المنار) في الأصول ، و(كنز الدقائق في الفقه)
توفي سنة ٧٠١ هـ وقيل ٧١٠ هـ (انظر الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، ص
١٠١ ، ١٠٢ ، الجواهر المضيئة ٢ / ٢٩٤) .

(٤) انظر المنار له ص ٦٦٧ طبعة دار سعادات ، عثمانية سنة ١٣١٥ هـ .

(٥) هو عثمان بن أبي بكر بن يونس كنيته أبو عمرو الملقب بجمال الدين المعروف
بابن الحاجب المالكي أثنى عليه العلماء ثناء كثيراً ، له مؤلفات في فنون مختلفة
منها في أصول الفقه منتهى الوصول والأمل ، ومختصر المنتهى توفي ٦٤٦ هـ
(الديباج المذهب ١٨٩ - ١٩١ ، وانظر الفتح المبين ٢ / ٦٥ ، ٦٦) .

(٦) مختصر ابن الحاجب ٢ / ٢٩٨ طبعة قديمة .

ثالثاً : من الشافعية

١ - الآمدي^(١) ذكر التقابل والتعادل فقال في مسألة حكم التعارض بين الأدلة العقلية : (اتفقوا في الأدلة العقلية المتقابلة بالنفي والإثبات على استحالة التعادل بينهما)^(٢) .

٢ - وكذلك البيضاوي^(٣) وابن السبكي^(٤) ذكرا التعادل عند حديثهما عن التعارض^(٥) .

(١) الآمدي هو علي بن أبي علي محمد بن سالم التغلبي ، لقبه سيف الدين ، كنيته أبو الحسن فقيه أصولي له مؤلفات منها في الأصول : الإحكام في أصول الأحكام ومنتهى السؤل ، توفي سنة ٦٣١ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٧٩ / ٢ ، شذرات الذهب ٤ / ١٤٤) .

(٢) الإحكام في أصول الأحكام له ٤ / ٢٦٥ طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، سنة ٤٠٠ هـ .

(٣) هو عبدالله بن عمر بن علي الشيرازي ، قاض مفسر فقيه أصولي ، لغوي ، منطقي ، شافعي المذهب ، له تصانيف منها : (منهاج الوصول إلى علم الأصول) (ولباب التنزيل وأسرار التأويل) توفي سنة ٦٨٥ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ٢ / ١٧٢ طبعة أولى ١٤٠٧ هـ عالم الكتب ، بيروت) .

(٤) هو عبدالوهاب بن علي بن عبدالكافي السبكي ، فقيه أصولي ، شافعي ولد بالقاهرة ومن تصانيفه (جمع الجوامع) و(شرح منهاج البيضاوي) وغيرهما ، توفي ٧٧١ هـ (الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة - لابن حجر ٣ / ٣٩ - ٤١ ، شذرات الذهب في أخبار من ذهب لابن العماد الحنبلي ٦ / ٢٢١ - دار الآفاق ، بيروت) .

(٥) منهاج وشرحه نهاية السؤل ٤ / ٤٣٢ المطبعة السلفية ١٩٨٢ م ، جمع الجوامع بشرح المحلي ٢ / ٣٥٧ ، طبعة ثانية ، الحلبي ١٣٥٦ هـ .

٣- أما الغزالي^(١) فقال : (معنى التعارض التناقض)^(٢).

ويضيف الغزالي أيضاً أنه (بمعنى التضاد والتناقض لأن الأدلة المتعارضة تكون متضادة ومتناقضة)^(٣).

رابعاً : ومن الحنابلة

١- عرفه ابن قدامة بأنه التناقض حيث قال :

(واعلم أن التعارض هو التناقض)^(٤) فقد جرى على ما جرى عليه الغزالي قبله.

٢- وعرفه المرداوي^(٥) بقوله : (والتعارض تقابل دليلين ولو عامين على سبيل الممانعة)^(٦).

(١) هو محمد بن محمد، أبو حامد، حجة الإسلام، إمام جليل فقيه أصولي، شافعي له مؤلفات كثيرة منها الوجيز في فقه الإمام الشافعي والمستصفي في الأصول، وغيرهما توفي سنة ٥٠٥ هـ (طبقات الشافعية لابن السبكي ١/ ١٩١، طبعة أولى، ١٣٨٨ هـ، الحلبي، الفتح المبين في طبقات الأصوليين للمرآغي ٨/ ٢).

(٢) المستصفي له ومعه فواتح الرحموت ٢/ ٢٢٦، دار العلوم، لبنان.

(٣) المرجع السابق ٢/ ٢٢٦، ٣٩٥.

(٤) انظر روضة الناظر وجنة المناظر له تحقيق الدكتور عبدالعزيز السعيد، ص ٣٨٧، طبعة جامعة الأمام، ١٣٩٧ هـ.

(٥) هو علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي الدمشقي فقيه حنبلي له مؤلفات منها الإنصاف في الفقه وتحرير المنقول في الأصول وغيرهما، توفي سنة ٨٨٥ هـ (شذرات الذهب ٧/ ٣٤٠، مختصر طبقات الحنابلة (٦٨، ٦٩).

(٦) انظر التحرير له وشرحه للفتوح ص ٤٢٥ طبعة أولى، السنة المحمدية ١٣٧٢ هـ.

٣- وذكر البهوتي^(١) التعادل والتقليل بمعنى التعارض فقال (التعارض التعادل من كل وجه يقال تعارضت البيتان إذا تقابلتا)^(٢).

٤- وكذلك ابن مفلح^(٣) ذكر التعادل والتقابل بمعنى التعارض إذ يقول : (تعارضت البيتان إذا تقابلتا تقول عارضته بمثل ما صنع أي أتيت بمثل ما أتى ، فتعارضهما أن تشهد إحداهما بنفي ما أثبتته الأخرى وبالعكس فالتعارض التقابل من كل وجه)^(٤).

وفي إرشاد الفحول : التعارض في الاصطلاح : تقابل الدليلين على سبيل الممانعة^(٥).

وبالنظر إلى ما ذكره من العبارات نجد أنها متقاربة في المعنى ، وأن الغالبية منهم اتفقوا على تفسيره بالتقابل .

إلا أن الغزالي عبر بالتضاد والتناقض ، وهما صورتان من صور التعارض لأن الحجة الثانية إما أن تثبت خلاف ما أثبتته الأولى فتضاد ، وإما أن تنفي ما أثبتته الأولى فتناقض .

(١) هو منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي الحنبلي شيخ الحنابلة بمصر في عصره ينسب إلى (بهوت) في غربية مصر ، له كتب منها في الفقه الروض المربع وكشاف القناع وغيرهما توفي ١٠٥١ هـ (مختصر طبقات الحنابلة ١٠٤-١٠٦ ، الأعلام للزركلي ٣٠٧/٧).

(٢) انظر كشاف القناع عن متن الإقناع له ٣٩٣/٦ مطبعة الحكومة بمكة ١٣٩٤ هـ.

(٣) هو إبراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح يكنى أبا اسحاق مؤرخ من قضاة الحنابلة ، قضى بدمشق وبمصر من كتبه «المبدع شرح المقنع» و«مرقاة الوصول إلى علم الأصول» وغيرهما توفي سنة ٨٨٤ هـ. (الأعلام للزركلي ١/٦٥ ، شذرات الذهب ٣٣٨/٧).

(٤) المبدع شرح المقنع له ١٧٣/١٠ المكتب الإسلامي ، بيروت ١٤٠٠ هـ.

(٥) إرشاد الفحول للشوكاني ٢٤١ ، دار المعرفة ، بيروت .

٢ . ٢ تحقيق معنى البيئة

تعريف البيئة لغة

الباء والياء والنون : أصول في كلمة البيئة ، ومادة هذه الأصول (بين) استعملت في معان كثيرة تقتصر منها على ما له صلة بالبيئة التي نحن بصدد بحثها .

- قال ابن فارس : (الباء والياء والنون أصل واحد وهو بعد الشيء وانكشافه)^(١) فالبيئة تكشف عن حقيقة الحال وتبينها عند القاضي .

- والبيان الفصاحة واللسان ، والإفصاح مع ذكاء ، وما يتبين به الشيء من الدلالة وغيرها^(٢) .

- قال ابن منظور (والبيان الفصاحة واللسان ، وكلام بين فصيح والبيان الإفصاح مع ذكاء ، والبيّن من الرجال الفصيح)^(٣) .

ومنه قول الشاعر :^(٤)

قد ينطق الشعر الغبي ويلتئي^(٥) على البين السفاك وهو خطيب

(١) معجم مقاييس اللغة له ٣٢٧ / ١ (بين) .

(٢) الصحاح ٢٠٨٢ / ٥ ، ٢٠٨٣ (بين) .

(٣) لسان العرب له ٣٠٢ / ١ (بين) .

(٤) القائل : شمر كما في اللسان (انظر ٣٠٢ / ١) .

(٥) قوله يلتئي أي يبطئ من اللاي وهو الابطاء (لسان العرب ٣٠٢ / ١) .

وجاء في التنزيل (أو من ينشؤا في الحلية وهو في الخصام غير مبين)^(١)
أي غير مظهر لحجته ، ولا مفصح عما احتوى عليه ضميره^(٢) .

وعلى المعاني المتقدمة تكون (البينة) صفة لمحدوف تقديره الحجة ، أو
الشهادة . والذي يفهم من كلام صاحب تاج العروس ، وأصحاب المعجم
الوسيط أنها اسم لا صفة .

جاء في تاج العروس (والبينة دلالة واضحة عقلية كانت أو محسوسة
وسميت شهادة الشاهدين بينة ، لقوله عليه السلام «البينة على المدعي
واليمين على من أنكر»^(٣) والجمع بينات)^(٤) ومثله في المعجم الوسيط (البينة
الحجة الواضحة)^(٥) .

وعلى أي حال ، سواء أكانت (البينة) اسماً أم صفة فهي بمعنى الحجة
والدلالة الواضحة . فإذا اعتبرناها اسماً فهي علم على الحجة والدلالة ،
وإذا اعتبرناها صفة فإنه يكون من باب حذف الموصوف وإقام الصفة مقامه ،
فالمؤدى واحد على كلا الاعتبارين ، والبينات جمع بينة ، والجمهور
يذكرونها بصيغة الجمع باعتبار أنواع الشهادة لأن أحد أنواعها التواتر ، ومن
أنواعها البينة العادية ، والبينة العادية قد تكون أربعة شهود ، وقد تكون
شاهدين ، أو رجلاً وامرأتين .

(١) سورة الزخرف ، آية ١٨ .

(٢) تفسير البحر المحيط لأبي حيان ٨ / ٨ .

(٣) سبق تخريجه في ص ٦ .

(٤) انظر ٩ / ١٥٠ ، ١٥٣ (بين) .

(٥) المعجم الوسيط لجماعة ١ / ٨٠ (بان) طبعة المكتبة الإسلامية ، استانبول .

فهذا تفسير الجمهور لجمعها لأنهم يرون أنها الشهود فقط ، وأما من يرى أنها أعم من الشهود ، فهو لاء يجمعونها باعتبار أنواع البينات التي يقولون بها :

كالشهادة ، وكالإقرار والنكول واليمين ، وعلم القاضي مع اختلاف بينهم في بعض هذه البينات ^(١) .

البيئة في اصطلاح الفقهاء

تمهيد

اختلف الفقهاء في معنى البيئة في الاصطلاح ، وتفرع عن ذلك الاختلاف اختلاف آخر يدور حول طرق الإثبات هل هي محصورة في مجموعة من الطرق لا تتعدها ، أو أنها غير محصورة وللقاضي أن يحكم بكل ما يثبت به الحق لديه .

والذي يهمنا الآن هنا هو اختلافهم في تعريف البيئة ، أما موضوع الخلاف في حصر وسائل الإثبات وعدم حصرها ، فسنبحثه فيما بعد إن شاء الله تعالى .

(١) دور الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٨٧/٤ ، مكتبة النهضة ، بيروت .

وقد ذهبوا في تفسير البينة ثلاثة مذاهب في الجملة : نبينها في
الفروع الآتية :

الفرع الأول : البينة عند جمهور الفقهاء وقد ذهبوا إلى أن البينة هي
الشهادة^(١) واستدلوا بما يلي : -

أولاً : بما ورد في القرآن من اعتبار الشهادة أساساً للإثبات في مواضع
مختلفة، منها :

١- قوله تعالى : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين
فرجل وأمرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر
إحداهما الأخرى ، ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا . . . إلى قوله :
وأشهدوا إذا تبايعتم ﴾^(٢) .

فقد أمر سبحانه وتعالى بالإشهاد على البيع لأنه يترتب عليه إظهار
الحق وبيانه عند التجاحد فهو الأحوط^(٣) .

(١) المبسوط للسرخسي ١١٣/١٦ طبعة ثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ،
مغنى المحتاج ٤/٤٦١ ، روضة القضاة وطريق النجاة للسمناني ١٩٦ ، طبعة
أسعد - بغداد ١٣٨٩ هـ . الفواكه الدواني على رسالة بن أبي زيد القيرواني ٢/
٣٠٢ ، طبعة الثالثة ، الحلبي ١٣٧٤ هـ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٣) إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن العظيم لأبي السعود ١/ ٢٧١ دار إحياء
التراث العربي ، بيروت .

٢- وفي الطلاق والرجعة يقول سبحانه : ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾^(١).
ثانياً : أن البينة جاءت في لسان الشرع مراداً بها الشهود وحدهم في غير موضع ، ومن ذلك :

١- ما روي عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : إن شريك بن سحماء^(٢) قذفه هلال بن أمية^(٣) بامرأته فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : (البينة وإلا حد في ظهرك)^(٤) ومعلوم أن المراد بالبينة هنا الشهود ، لأن القرآن ذكر أن البينة التي يثبت بها الزنا أربعة شهود ، فقال تعالى ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة﴾^(٥) . فهذه الآية الكريمة تدل على أن المراد بالبينة الشهود في قول الرسول صلى الله عليه وسلم (البينة وإلا حد في ظهرك) .

(١) سورة الطلاق ، الآية ٢ .

(٢) شريك بن سمحاء بفتح السين وسكون الحاء المهملتين وهي أمه وأبوه عبدة بن مغيث بن الجعد بن العجلان البلوي ، كان أحد الأمراء بالشام في خلافة أبي بكر وبعثه عمر رسولاً إلى عمرو بن العاص حين أذن له أن يتوجه إلى فتح مصر (الإصابة في تمييز الصحابة لابن حجر ٢ / ١٥٠ طبعة أولى بمطبعة السعادة بمصر ١٣٢٨ هـ وبهامشه الاستيعاب لابن عبد البر) .

(٣) هلال بن أمية بن عامر الأنصاري شهد بدرًا وما بعدها وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم له ذكر في الصحيحين من رواية سعيد بن جبير عن ابن عمر (الإصابة ٣ / ٦٠٧ ، الاستيعاب لابن عبد البر ٣ / ٦٠٤) .

(٤) أخرجه البخاري والترمذي وابن ماجه وأبو داود من حديث ابن عباس (صحيح البخاري مع فتح الباري ٨ / ٤٤٩ ، سنن الترمذي ٥ / ١٢ ، سنن ابن ماجه ١ / ٦٦٨ ، سنن أبي داود ١٠ / ٤٠٦) .

(٥) سورة النور ، الآية ٤ .

٢- ومن ذلك أيضاً أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اختصم إليه الأشعث بن قيس^(١) مع رجل آخر في بئر، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم (بينتك أو يمينه)^(٢) وقد وردت رواية أخرى في الواقعة نفسها تفسر مراد الرسول صلى الله عليه وسلم من البينة هنا، ولفظها : (شاهدك أو يمينه)^(٣).

فدل ذلك على أن مراده صلى الله عليه وسلم بالبينة الشهود^(٤).

واعترض عليهم بأن هذه النصوص لا تدل على انحصار البينة في الشهادة، وإنما تدل على أن الشهادة لها وزنها واعتبارها في الإثبات.

الفرع الثاني : البينة عند ابن حزم^(٥) :

يرى ابن حزم أن البينة تطلق على الشهود وعلى علم القاضي أيضاً. واستدل لإطلاق البينة على الشهود بما استدل به أصحاب القول الأول،

(١) الأشعث بن قيس بن معد يكرب الكندي يكنى أبا محمد، وفد على النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر في سبعين ركباً من كنده وكان من ملوكهم، أخرج البخاري ومسلم حديثه في الصحيح ارتد في خلافة أبي بكر لكنه أسلم فزوجه أبو بكر أخته أم فروة وشهد صفين مع علي قيل مات سنة ٤٢ هـ وقيل مات بعد علي بأربعين ليلة فقط وقيل بعد ذلك (الإصابة ١/ ٥١).

(٢) أخرجه البخاري ومسلم بهذا اللفظ وأخرجه الترمذي بلفظ (ألك بينة)؟ قال : لا، قال (فلك يمينه)، وأخرجه أحمد بلفظ قريب منه (صحيح البخاري مع الفتح ٨/ ٢١٣، صحيح مسلم ١/ ١٢٣، سنن الترمذي ٢/ ٣٩٨، ٣٩٩ الفتح الرباني ترتيب المسند ١٥/ ٢١٩).

(٣) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد والبيهقي. (صحيح البخاري مع الفتح ٥/ ٢٨٠، صحيح مسلم ١/ ١٢٣، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٤/ ١٧٣، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ٢٥٣).

(٤) من طرق الإثبات لأحمد عبد المنعم البهي ص ٦ طبعة أولى ١٩٦٥م دار الفكر العربي .
(٥) هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم كنيته أبو محمد، يعرف بأبن حزم من أئمة الظاهرية له مؤلفات كثيرة منها في الأصول (الإحكام في أصول الأحكام)، وفي الفقه (المحلى) وغيرهما، توفي ٤٥٦ هـ (شذرات الذهب ٣/ ٢٩٩، الاعلام ٤/ ٢٥٤).

وعند استدلاله على جواز قضاء القاضي بعلمه ذكر ما يدل على أن البينة تشملها حيث قال إنه صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : (بيتك أو يمينه) . ثم قال بعد ذلك (ومن البينة التي لا أبين منها صحة علم الحاكم)^(١) .

وهذا الكلام يدل على أن البينة عنده تشمل الشهود وعلم القاضي . وقد اعترض عليه بالحديث : (شاهدك أو يمينه) ، وفي رواية (بيتك أو يمينه) أي البينة التي تشهد لك وعلم القاضي ليس من بينة المدعي التي تطلب منه فيدلي بها^(٢) .

كما اعترض عليه بأن الأصل في خطاب الشرع بقاءه على مدلوله اللغوي حتى توجد قرينة صارفة له عنه ، ولا مانع من بقاء البينة على مدلولها اللغوي^(٣) .

الفرع الثالث : البينة عند شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن فرحون ومن وافقهم :

(١) المحلى له ٤٢٨/٩ طبعة دار الفكر .

(٢) الوجيز في الدعوى والإثبات لشوكت عليان ، طبعة أولى ، الدار العربية للطباعة ، ١٣٩٨ هـ ، ص ٤٠ .

(٣) من طرق الإثبات ١١ .

ذهب ابن تيمية^(١) وابن القيم^(٢)، وابن فرحون، وغيرهم إلى أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره^(٣) وفي ذلك يقول ابن القيم (البينة في كلام الله ورسوله، وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق، فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء، حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين، ولا حرج في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص، وحملها على غير مراد المتكلم منها)^(٤).

ومثله ابن فرحون إذ يقول: (اعلم أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبي عليه الصلاة والسلام الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم)^(٥). وحجة أصحاب هذا القول أن البينة وردت في لسان الشرع مراداً بها الحجة والدليل، ولم تأت فيه مراداً بها الشهود وحدهم، فحملها على الشهود دون غيرهم تخصيص بلا مخصص، بل إنه يلزم عليه حمل كلام الشارع على ما ليس مراداً منه وذلك غير جائز.

(١) هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام، أبو العباس، تقي الدين، الحراني الدمشقي، الحنبلي، شيخ الإسلام كان إماماً مجتهداً له مؤلفات كثيرة، من أشهرها: (الفتاوى) توفي ٧٢٨هـ في سجن القلعة بدمشق (شذرات الذهب ٨٠-٨٦، مختصر طبقات الحنابلة ٥٤-٥٩).

(٢) هو محمد بن أبي بكر بن أيوب، أبو عبد الله، شمس الدين، المعروف بابن قيم الجوزية نحوي، محدث، أصولي، فقيه، أديب، واعظ، خطيب، له تأليف كثيرة من أشهرها (اعلام الموقعين) و(زاد المعاد) وغيرهما كثير وهو تلميذ شيخ الإسلام ابن تيمية، توفي ٧٥١هـ (شذرات الذهب ٦/١٦٨، الفتح المبين ٢/١٦١).

(٣) معين الحكام ٦٨، فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية، ٣٥/٣٩٤، ٣٩٥، طبعة الرئاسة العامة لشئون الحرمين بأمر خادماه، إعلام الموقعين لابن القيم ١/٩٦، طبعة دار الكتب الحديثة بعابدين، تبصرة الحكام ١/٢٠٢.

(٤) اعلام الموقعين له ١/٩٦.

(٥) تبصرة الحكام له ١/٢٠٢.

وقد ذكر ابن القيم أمثلة من القرآن تدل على أن البينة اسم لكل ما يبين الحق - منها : -

١ - قوله تعالى : ﴿ قل إني على بينة من ربي ﴾^(١) قال الشوكاني^(٢) : (البينة الحجة والبرهان ، أي إني على برهان من ربي ويقين لا على هوى وشك)^(٣) .

٢ - وقوله تعالى : ﴿ أفمن كان على بينة من ربه ويتلوه شاهد منه ومن قبله كتاب موسى إماماً ورحمة ﴾^(٤) ومعنى البينة البرهان الذي يدل على الحق^(٥) .

٣ - ﴿ فاسألوا أهل الذكر إن كنتم لا تعلمون بالبينات ﴾^(٦) . والبينات الحجج والبراهين^(٧) .

٤ - وقال تعالى : ﴿ أو لم تأتهم بينة ما في الصحف الأولى ﴾^(٨) ومعنى البينة البيان والبرهان أيضاً^(٩) .

(١) سورة الأنعام ، الآية ٥٧ .

(٢) هو محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني الصنعاني اليمني فقيه محدث ، أصولي نظار عرف بالإمام المجتهد ، له في الأصول إرشاد الفحول وفي التفسير فتح القدير وغيرهما كثير توفي ١٢٥٠ هـ (الأعلام ٦ / ٢٩٨ الفتح المبين ٣ / ١٤٤) .

(٣) فتح القدير له ١٢٢ / ٢ ، طبعة دار الفكر ، بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .

(٤) سورة هود ، الآية ١٧ .

(٥) فتح القدير ٢ / ٤٨٨ .

(٦) سورة النحل ، الآيات ٤٣ ، ٤٤ .

(٧) فتح القدير ٣ / ١٦٥ .

(٨) سورة طه ، الآية ١٣٣ .

(٩) فتح القدير ٣ / ٣٩٤ .

٥- وقال تعالى : ﴿أَمْ آتَيْنَاهُمْ كِتَابًا فَهُمْ عَلَى بَيِّنَةٍ مِنْهُ﴾^(١) أي على حجة ظاهرة واضحة من ذلك الكتاب^(٢).

٦- وقال تعالى : ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾^(٣) أي بالمعجزات البينة والشرائع الظاهرة^(٤).

٧- وقال تعالى : ﴿لَمْ يَكُنِ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمُشْرِكِينَ مُنْفَكِينَ حَتَّى تَأْتِيَهُمُ الْبَيِّنَةُ رَسُولٌ مِنَ اللَّهِ يَتْلُو صُحُفًا مُطَهَّرَةً﴾^(٥).

قال ابن القيم بعد أن ذكر هذه الآيات (وهذا كثير لم يختص فيه لفظ البينة بالشاهدين بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة)^(٦).

وقد يعترض على أدلة شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ومن وافقهما بأنها ليست واردة في مقام إثبات الدعوى الذي هو محل النزاع^(٧).

لكنه يجاب عنه بما تقدم ذكره من أن الأصل في خطاب الشرع أن يحمل على مدلوله اللغوي حتى يوجد صارف يصرفه عنه ، والذين يقولون إنها في الاصطلاح بمعنى الشهادة فقط اتفقوا مع المخالفين لهم في ذلك على أن معناها اللغوي أوسع وأشمل وما ذكروه من أدلة الحصر لا يسلم من معارض.

(١) سورة فاطر ، الآية ٤٠ .

(٢) فتح القدير ٣٥٥ / ٤ .

(٣) سورة الحديد ، الآية ٢٥ .

(٤) فتح القدير ١٧٧ / ٥ .

(٥) سورة البينة ، الآيات ١ ، ٢ .

(٦) أعلام الموقعين له ٩٧ / ١ ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية له ٢٤ / ١٤

طبعة دار الكتب العلمية ، بيروت ، تحقيق محمد حامد الفقي .

(٧) من طرق الإثبات ١١ .

الفرع الرابع : بيان القول الراجح في البينة :

بعد عرض تلك الآراء وأدلتها والموازنة بينها ، فالذي يظهر - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث الذين عرفوا البينة بأنها (كل ما يبين الحق ويظهره) .

١ - لما تقدم من الآيات القرآنية الدالة على أن البينة الحجة والبرهان والبيان والإيضاح فكل حجة أو برهان أو دليل يبين الحق فهو بينة .

٢ - ولما في هذا الرأي من العدل وحفظ الحقوق ، وخاصة في هذا العصر الذي تقدم فيه العلم الحديث فساعد ذلك على استخدام كثير من الوسائل التي يثبت بها جانب الحق ، كاستخدام البصمات ، وآلات التسجيل الخ .

وهذا الخلاف إنما هو في الاصطلاح ، والاصطلاح لا مشاحة فيه ، وإنما تظهر الثمرة عند الاختلاف في حصر وسائل الإثبات وعدم حصرها .

بيان الخلاف في حصر وسائل الإثبات وعدم حصرها

تمهيد

سبقت الإشارة إلى أن الاختلاف في معنى البينة يتفرع عنه اختلاف آخر في حصر وسائل الإثبات ، ولا شك أن جمهور الفقهاء عندما يفسرون البينة بالشهادة فإنهم لا يقصدون بذلك حصر وسائل الإثبات في الشهود ، وإنما مرادهم أن البينة إذا أطلقت انصرفت إلى الشهود ، لأنهم يذكرون طرقاً أخرى للإثبات ويعملون بها ، كالإقرار ، والقرينة الواضحة ، واليمين ، والنكول ، إلا أن هذه الطرق لا تسمى عندهم بينة ، وإنما يسمونها بأسمائها

فيقولون مثلاً- القضاء بالإقرار إذا كان الإثبات به والقضاء باليمين إذا كان الإثبات بها، وهكذا.

لكن عدم الحصر يظل نسبياً عندهم، حيث وقفوا عندما أفادته النصوص من وسائل الإثبات، ولم يتعدوه إلى غيره، في حين أن الفريق الآخر يرى شمول البيئة لكل ما أبان الحق وأظهره- سواء ورد فيه نص أو لم يرد فيه نص.

ويتضح مما تقدم أن الفقهاء مختلفون- في حصر وسائل الإثبات- على قولين في الجملة :

القول الأول : أن وسائل الإثبات محصورة في عدد معين لا يجوز للقاضي أن يتعداه إلى غيره، وإليه ذهب جمهور الفقهاء من مختلف المذاهب^(١).

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٤٧- طبعة دار الكتب العامة- بيروت، ١٤٠٠هـ، شرح الدار المختار للحصكفي ٢/ ٢٠٢- طبعة مكتبة ومطبعة محمد علي صبيح بمصر، الفروق للقرافي ٤/ ٨٣، مغنى المحتاج ٤/ ٤٦١ حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٧/ ٥٧٥، طبعة ثانية ١٤٠٣هـ، اعلام الموقعين ١/ ٩٦.

ثم إن أصحاب هذا القول لم يتفقوا في حصر وسائل الإثبات بعدد معين :

١ - فقد حصرها بعضهم في سبعة هي : البينة ، والإقرار ، والنكول ، واليمين ، والقسامة ، وعلم القاضي بعد توليته ، والقرينة القاطعة ، ذهب إلى ذلك بعض الحنفية كابن نجيم^(١) وعلاء الدين الحصفكي^(٢) ، يقول ابن نجم : (الحجة بينة عادلة ، أو إقرار ، أو نكول عن يمين ، أو يمين ، أو قسامة ، أو علم القاضي بعد توليته ، أو قرينة قاطعة)^(٣) .

وبعض هؤلاء حصرها في ثلاث هي : البينة ، واليمين والنكول ، وقالوا إن القرينة ليست حجة ، والقضاء بالإقرار مجاز لأن الإقرار لا يحتاج إلى أن يكون عند قاض ليحكم به ، فهو موجب للحق بنفسه ، فليس على القاضي في حال الإقرار إلا أن يأمر المدعى عليه بدفع ما أقر به ، والقسامة داخلة في اليمين ، وعلم القاضي مرجوع عندهم^(٤) .

(١) هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم بعض أجداده أخذ من علماء القاهرة وغيرهم له مؤلفات كثيرة منها البحر الرائق شرح كنز الدقائق وشرح المنار في الأصول والأشياء والنظائر توفي سنة ١٩٧٠ هـ (الفوائد البهية ١٣٤) .

(٢) هو محمد بن علي بن محمد الملقب بعلاء الدين المعروف بالحصفكي له تصانيف كثيرة منها الدر المختار والدر المنتقى شرح ملتقى الأبحر وغيرهما كثير كان من علماء الحنفية الأجلاء توفي سنة ١٠٨٨ هـ (طرب الامثال بتراجم الأفاضل للكنوي ، ص ٣٠٥ ، ٣٠٦) .

(٣) الأشباه والنظائر له ٢٤٧ ، شرح الدر المختار ٢/ ٢٠٢ .

(٤) انظر تكملة رد المحتار على الدر المختار (المسماة قرّة عيون الأخبار) لسيدي محمد علاء الدين أفندي ٧/ ٤٣٨ طبعة ثانية ١٣٨٦ هـ مصطفى الحلبي وأولاده بمصر .

٢- وذكر ابن جزري^(١) المالكي نحواً مما ذكره بعض الحنفية فقال : (وعلى المذهب فإنما يحكم بحجة ظاهرة، وهي سبعة أشياء وما يتركب منها وهي : اعتراف أو شهادة، أو يمين، أو نكول، أو حوز في الملك، أو لوث مع القسامة في الدماء، أو معرفة العفاص والوكاء في اللقطة . . . إلى أن قال : ولا يقضي بعلمه)^(٢).

إلا أن كلام ابن جزري يفهم منه أن هذه السبع يتركب منها أمور أخرى وذلك لأن الشهادة مراتب وأنواع، فبعض الحقوق لا يثبت إلا بأربعة شهود كالزنا مثلاً وبعضها يثبت بشاهدين فقط وبعضها لا بد فيه من شهادة الرجال، وبعضها يختص بالنساء، وكذلك اليمين قد تكون وحدها بأن يتحالفا فيقسم المتنازع فيه بينهما، وقد تكون الأيمان أربعة كما في اللعان، وقد تكون خمسين كما في القسامة، والقرائن متنوعة أيضاً ومتفاوتة في القوة ويؤيد ذلك قول القرافي :

(الحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة : الشاهدان، والشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين، والمرأتان واليمين، والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يميناً في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا ويقسم بينهما فيقضي لكل

(١) هو محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن جزري الكلبي أبو القاسم من أهل غرناطة كان عالماً مشغولاً بالنظر والتدوين من مؤلفاته القوانين الفقهية توفي شهيداً يوم الكائنة بطريف سنة ٧٤١هـ (الديباج المذهب ٢٩٥، ٢٩٦ وانظر مقدمة القوانين الفقهية ص ٥).

(٢) القوانين الفقهية له ١٩٤ الناشر عباس أحمد الباز، مكة المكرمة، المروعة.

واحد منهما بيمينه ، والإقرار ، وشهادة الصبيان ، والقافة ، وقمط^(١) الحيطان وشواهداها ، واليد . فهذه هي الحجاج التي يقضي بها الحاكم وماعداها لا يقضي به عندنا^(٢) فالملكية على هذا أكثر توسعاً في الطرق التي يقضي بها القاضي من أصحاب القول الأول ولا غرابة في ذلك فإن الحنفية لا يرون القضاء بالشاهد واليمين وبعضهم يرى أن القرينة ليست بحجة ، وأن الإقرار لا يعد من طرق القضاء إلا من باب المجاز ، وكذلك لا يرون شهادة الصبيان^(٣) طريقاً للقضاء .

وقد أشار القرافي إلى أن الطرق التي يقول بها المالكية ليست محل اتفاق بين العلماء إذ قال بعد سردها (وفيها شبهات واختلاف بين العلماء)^(٤) .

٣- وقد قال الشافعية - بالإضافة إلى الشهادة التي هي محل اتفاق بأغلب الطرق المذكورة في الجملة وإن كان القضاء بعلم القاضي مرجوحاً عند غيرهم فإنه راجح عندهم في إحدى الروايات^(٥) ولم أقف للحنابلة

(١) القمط ما تشد به الأخصاص ، والأخصاص جمع خص البيت الذي يعمل من القصب ، وروي أن شريحاً اختصم إليه رجلان في خص فقضى بالخص للذي تليه القمط (لسان العرب ٣/ ١٦٣) .

(٢) انظر الفروق له ٨٣/ ٤ الفرق الثامن والثلاثون والمائتان بين قاعدة ما هو حجة عند الحكام وما ليس بحجة عندهم .

(٣) شهادة الصبيان ردها الجمهور وقبلها مالك وليست شهادة عنده في الحقيقة وإنما هي قرينة حال . ولذلك اشترط فيها أن لا يتفرقوا للتلاخيبيوا (بداية المجتهد لابن رشد ٢/ ٤٩٦ طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٠ هـ) .

(٤) الفروق له ٨٣/ ٤ .

(٥) فتح الجواد بشرح الإرشاد لابن حجر الهيتمي ٢/ ٤٠٣ ، ٤٠٤ طبعة ثانية ١٣٩١ هـ ، الحلبي وأولاده بمصر ، من طرق الإثبات ١٢٧ .

على حصر معين إلا أنه بالاستقراء يظهر أنهم يرون ما يراه غيرهم من الطرق في الجملة، فقد أخذوا بالإقرار، واليمين، والنكول على إحدى الروايات، والقسامة، والقرائن الواضحة، وعلم القاضي في رواية. وقد استدل الجمهور على حصر الطرق بما يلي :

أولاً: ما سبق من الأدلة الدالة على أن البيئة المراد بها الشهادة بالإضافة إلى ما ثبت من الأدلة الدالة على العمل بالطرق الأخرى التي ذكروها كالإقرار واليمين، والنكول، والقسامة، والقرينة، وعلم القاضي على اختلاف بينهم في ذلك تبعاً لاختلافهم في فهم تلك النصوص، وحسب تفاوتها في وضوح الدلالة وعدم وضوحها - على ما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى - في الفصل الثالث.

فهم حصروا البيئة في الشهادة وما عداها من الطرق التي قالوا بها وقفوا فيها عندما أفادته النصوص من أنواعها، ولم يجوزوا للقاضي أن يحكم بغيرها^(١).

ثانياً: ومن المعقول قالوا إنه يقتضي نظام القضاء تقييد الإثبات بوسائل معينة تطمئن إليها النفوس لكي لا تتعرض النفوس والأموال للضياع والإتلاف بين أيدي القضاة الظالمين استناداً إلى أمارة ضعيفة أو غيرها من قرائن واهية كما أنه يفتح الباب أمام أصحاب الدعاوي الباطلة الذين يتلاعبون بالحقوق^(٢).

(١) من طرق الإثبات ١٣.

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية للدكتور محمد مصطفى الزحيلي، ص ٦٠٧، مكتبة دار البيان، طبعة أولى، ١٤٠٢هـ.

فهذا يحقق مصلحة المدعى عليهم في حين أنه روعي جانب مصلحة المدعين حيث أعملت الطرق القضائية المنضبطة حتى لا يضيع حق طرف من الطرفين .

واعترض على أدلة الجمهور بما يلي :

١ - على استدلالهم بالآيات : بأن ما ورد في القرآن الكريم المقصود به توثيق الحقوق وحفظها ، ولم يذكر أنه للإثبات عند القاضي .

٢ - واعترض على وقوفهم عند طرق معينة بحجة أنها أفادت النصوص : بأن النصوص المذكورة لا تفيد الحصر في الطرق التي ذكروها وغاية ما تفيد ، أن هذه الطرق صحيحة تثبت بها الأحكام .

فلم تتعرض لغيرها من الطرق بنفي ولا إثبات : ولذلك فإن الصحابة رضي الله عنهم والتابعين والأئمة المجتهدين قبلوا عدة طرق واستخدموا عدة وسائل في القضاء والإثبات ولم يرد فيها حديث مما يؤكد أيضاً أن طرق الإثبات ليست محدودة العدد ^(١) .

القول الثاني : يرى أصحابه قبول أية حجة تبين الحق وتظهره - وإليه ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وابن فرحون وغيرهم : واستدلوا لذلك بالقرآن ، والسنة ، والمعقول ^(٢) .

(١) للأمثلة أنظر أعلام الموقعين ١/ ١٠٣ ، وسائل الإثبات لمحمد مصطفى الزحيلي ٦١٢ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣٥/ ٣٩٤ ، أعلام الموقعين ١/ ٩٦ ، تبصرة الحكام ١/ ٢٠٢ .

أ - القرآن

١ - بما سبق ذكره من الآيات القرآنية الدالة على أن البينة تشمل كل ما يظهر الحق سواء كان شهادة أو غيرها .

ب - السنة

٢ - بقول الرسول صلى الله عليه وسلم للمدعي (ألك بينة) وقوله (البينة على المدعي) .

٣ - بقول عمر أيضاً البينة على المدعي ، فقد قال ابن القيم إن المراد بالبينة في كل هذا ما يبين الحق ويظهره من شهود أو دلالة ، فإذا ظهر صدق المدعي بطريق من الطرق حكم له قال (فإن الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له ولا يرد حقاً قد ظهر بدليله أبداً ، فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها ، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحاً لا يمكن جحده ودفعه كترجيح شاهد الحال على مجرد اليد في صورة من على رأسه عامة ، وبيده عمامة وآخر خلفه مكشوف الرأس يعدو أثره ولا عادة له بكشف رأسه ، فبينة الحال ودلالته هنا تفيد من ظهور صدق المدعي أضعاف ما يفيد مجرد اليد عند كل أحد ، فالشارع لا يهمل مثل هذه البينة والدلالة ولا يضيع حقاً يعلم كل أحد ظهوره وحجته بل لما ظن هذا من ظنه

ضيعوا طريق الحكم فضاع كثير من الحقوق لتوقف ثبوتها عندهم على طريق معين ، وصار الظالم الفاجر ممكنا من ظلمه وفجوره فيفعل ما يريد ويقول لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق لله ولعباده^(١) . فقد أفاض رحمه الله تعالى في ذلك وأطال الحديث عنه في كتابيه : أعلام الموقعين والطرق الحكمية في السياسة الشرعية ومثله في ذلك ابن فرحون ، فبعد استشهاده ببعض ما ذكره ابن القيم قال : فمتى ظهر الحق وأسفرت طريق العدل فثم شرع الله ودينه^(٢) .

ولا انفصام بين استدلال ابن القيم ومن وافقه على عدم حصر وسائل الإثبات واستدلالهم المتقدم ذكره على معنى البينة لأنهم تمسكوا بالمعنى العام للبينة الذي جاءت به في القرآن فاعتبروها شاملة للدلالة ، والحجة ، والبرهان ، والآية والتبصرة ، والعلامة ، والأمانة^(٣) .

ج - المعقول

يقول ابن القيم (إن الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم الناس بالقسط وهو العدل الذي به قامت السماوات والأرض فإذا ظهرت أمارات الحق وأسفر بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه ، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارات فلا يجعلها منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها . بل قد بين سبحانه بما شرعه من الطرق : أن مقصوده إقامة العدل بين عباده ،

(١) أعلام الموقعين له ٩٠ / ١ ، ٩١ .

(٢) تبصرة الحكام له ٢٠٤ / ١ .

(٣) الطرق الحكمية ١٢ .

وقيام الناس بالقسط ، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له) (١).

ويقول أيضاً : (والمقصود أن الشريعة لا ترد حقاً ولا تكذب دليلاً ولا تبطل أمانة صحيحة وقد أمر الله سبحانه بالتثبت والتبين في خبر الفاسق ولم يأمر برده جملة) ثم يقول (فلا يجوز لحاكم ولا وال رد الحق بعد ما تبين وظهرت أماراته بقول أحد من الناس) (٢).

وعلى هذا . . . فهم يرون أن طرق القضاء معلة بظهور الحق ويقاس عليها كل ما يستجد أو يحدث أمام القضاء (٣).

منشأ الخلاف والترجيح

ومرجع الخلاف هو كما يقول الشوكاني : هل طرق الإثبات التي وردت في القرآن الكريم أحكام تعبدية لا مجال للعقل فيها وقد تعبدنا الله بها ولا يسوغ للحاكم إلا القضاء بها والوقوف عندها والتقيد بها ولا يقبل غيرها من الوسائل ، ولو كانت صحيحة وقوية وتؤدي إلى العلم ، أم أنها غير مقصودة بالذات بل لحصول العلم أو الظن الراجح بها أمام الحاكم وأن القصد هو إحقاق الحق ، وفصل الخصومة والوصول إلى العلم بالواقعة الحقيقية ، وأن ما ورد في القرآن الكريم من الشهادة والإقرار واليمين مجرد أسباب للحكم فإذا تحققت غيرها هذه الغاية كانت سبباً للحكم وصح

(١) الطرق الحكمية له ١٤ .

(٢) المرجع السابق ٢٤ ، وانظر أعلام الموقعين ١ / ٩٠ ، ٩١ .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٦١١ .

القضاء بها ، وبالأولى إذا توفر العلم اليقيني أو القاطع كالحكم بعلم القاضي والتواتر^(١) .

والظاهر هو أن أحكام القضاء وطرق الإثبات ليست أحكاماً تعبدية ولكنها قابلة للتعليل وأن العلة فيها إظهار الحق وإثباته وأنها خاضعة للاجتهاد^(٢) .

بعد استعراض الأدلة يظهر أن أدلة الجمهور ليس فيها ما يدل على حصر طرق الإثبات في عدد معين ، لا يجوز الخروج عنه ، فالرسول صلى الله عليه وسلم لم يقتصر في قضائه على ما ورد في القرآن الكريم من الوسائل ، ولم يصرح لنا بأن طرق القضاء محصورة فيما سلكه منها ، ولذلك عمل الصحابة رضي الله عنهم والتابعون ، من بعدهم والأئمة المجتهدون بأمور ، واستخدموا وسائل لم يرد فيها حديث^(٣) .

مما يؤكد أن طرق الإثبات ليست محصورة فيما نص عليه ، ولذلك فالذي يترجح من المذهبين هو ما ذهب إليه شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم ، وابن فرحون وغيرهم من أن طرق الإثبات لا تنحصر ، وذلك هو الذي يوافق مقصد الشارع من توطيد دعائم العدل ، وحفظ الحقوق على أربابها .

(١) نيل الأوطار له ١٩٩/٩ طبعة دار الفكر .

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٦١٥ .

(٣) للأئمة أنظر الطرق الحكمية ص ٢٤ وما بعدها .

٢ . ٣ معنى العبارة المركبة (تعارض البيئات)

تعريف تعارض البيئات

عرفه السرخسي بقوله : (هو تقابل الحجتين المتساويتين ، على وجه يوجب كل واحد منهما ضد ما توجبه الأخرى ، كالحل والحرمة ، والنفي ، والإثبات)^(١) .

وهذا التعريف يشمل التعارض بين الدليلين ، والتعارض بين البيئتين ، لأن لفظ الحجتين يشملهما .

وكذلك المثال الذي مثل به السرخسي بقوله كالحل والحرمة ، والنفي والإثبات ، يصلح مثالا للتعارض بين الدليلين ، كأن يكون أحدهما يدل على الحل ، والآخر يدل على الحرمة ، أو أحدهما مثبتاً ، والآخر نافياً ، كما يصلح مثالا لتعارض البيئتين ، كأن تكون احدهما مثبتة ، والثانية نافية لما تثبته الأخرى .

وعرفه ابن عرفه^(٢) بقوله (تعارض البيئتين هو اشتغال كل منهما

(١) أصول السرخسي ١٢/٢ .

(٢) هو محمد بن محمد بن عرفه الورغمي التونسي ، أبو عبد الله ، علامة ، مقرب ، فروع أصولي ، بياني ، منطقي ، تفقه على ابن عبد السلام وغيره كان خطيباً بجامع الزيتونة ، من مشاهير علماء المالكية له تأليف كثيرة منها (الحدود) وغيره توفي ٨٠٣ هـ (الديباج المذهب ٣٣٧ ، شذرات الذهب ٣٨ / ٧) .

على ما ينافي الأخرى^(١)، واكتفى الخطاب^(٢) في مواهب الجليل بهذا التعريف فقال :

(وقال ابن عرفة : وهو اشتمال كل منهما على ما ينافي الآخر)^(٣) .

وواضح من هذا التعريف أنه لم يقيد بعدم إمكان الجمع ولا بتساوى البيتين في القوة ، ونحوها ، وإنما اعتبر تعارض البيتين هو مطلق اشتمال أحدهما على ما ينافي الأخرى ، فقد تشتمل أحدهما على أمر ينافي الأخرى من وجه ، ولا ينافيها من وجه آخر فيجمع بينهما ، وقد يكون التنافي بينهما من كل وجه لكنهما متفاوتتان في القوة أو في الحجية فترجح أحدهما على الأخرى .

وعرفه بعض الحنابلة بقوله : (وتعارض البيتين بأن ثبت كل منهما ما نفت الأخرى ، حيث لا يمكن الجمع فتساقطان)^(٤) .

فتعارض البيتين عند الحنابلة ، لا يمكن معه الجمع بينهما ، ولذلك لم يتوسعوا في الجمع ولا في المرجحات ، على عكس ما جرى عليه المالكية ، فقد اطرّد قولهم : (وان امكن جمع بين البيتين - أي المتعارضتين - جمع وإلا

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٢١٩/٤ طبعة عيسى الحلبي .

(٢) هو محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، أبو عبد الله ، المعروف بالخطاب فقيه مالكي أصله من المغرب لكنه ولد واشتهر بمكة له كتب كثيرة منها : (مواهب الجليل على مختصر خليل) و(قرة العين بشرح ورفقات الحرمين) توفي بطرابلس الغرب (ليبيا) سنة ٩٥٤ هـ (الاعلام ٥٨/٧ ، معجم المؤلفين ١١/٢٣٠) .

(٣) مواهب الجليل على مختصر خليل له ٢٠٨/٦ طبعة مكتبة النجاح بليبيا .

(٤) كشف القناع ٣٩٣/٦ ، المبدع ١٧٣/١٠ .

رُجِحَ^(١) والمقصود بالبيئة عند أصحاب التعريفات السابقة (الشهادة) كما هو معروف عندهم من أن البيئة إذا أطلقت انصرفت إلى الشهادة، وأن الطرق الأخرى التي يقولون بها لها أسماءها الخاصة بها، وليست داخلية في مسمى البيئة، وعلى هذا فإن التعريفات السالفة غير جامعة، من وجهين:

أحدهما: أنها لا تشمل تعارض البيئات الأخرى - غير الشهادة - كالإقرار، والقرائن واليمين . . . الخ.

الثاني: أنها لا تشمل التعارض الذي يكون بين أكثر من بيتين، كأن يكون النزاع بين ثلاثة أطراف، أو أكثر فتعارض بيناتهم.

ولقد كان تعريف الدكتور محمد مصطفى الزحيلي في منتهى الشمول والوضوح، ولذلك اخترته عن غيره، فقد عرف تعارض البيئات بأنه هو: (أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً، يؤيد دعواه، وينفي دعوى الآخر، بحيث لو أنفرد دليل أحدهما لحكم له به)^(٢).

- فقوله: (أن يقدم كل طرف) يشمل ما إذا كان النزاع بين أكثر من طرفين، لأنه قد يكون بين ثلاثة فأكثر.

- وقوله (دليلاً يؤيد دعواه): يشمل كل دليل يبين صحة الدعوى من شهادة، وغيرها من البيئات الأخرى.

(١) مختصر خليل مع جواهر الإكليل ٢/ ٢٤٩ طبعة دار المعرفة، بيروت، مواهب

الجليل ٦/ ٢٠٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢١٩.

(٢) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، ص ٨٠٣.

- وقوله : (بحيث لو انفرد أحدهما لحكم له به) : يفيد الحصر في البيئات التي هي حجة ، ويخرج ما ليس بحجة .

٢ . ٤ الفروق بين تعارض الأدلة وتعارض البيئات

١- إن تعارض الأدلة من مباحث أصول الفقه ، وتعارض البيئات من مباحث الفقه .

٢- البحث في تعارض الأدلة من وظائف المجتهدين والبحث في تعارض البيئات من وظائف القضاة .

٣- ثم إن التعارض بين الأدلة ليس واقعاً في الحقيقة وإنما هو تعارض في الظاهر بحسب ما يظهر للمجتهد لأن الأدلة الشرعية من عند الله تعالى فلا يحصل التعارض بينها في حقيقة الأمر^(١) أما التعارض الآخر الذي يكون بين الشهود أو بين غيرهم من طرق الإثبات ، فقد يكون واقعاً في نفس الأمر ، لقصور علم البشر ، ولجواز الخطأ في حقهم .

٤- وأيضاً فإن طرق دفع التعارض الأصولي قد لا تنطبق كلها على دفع التعارض الفقهي ، ومن ذلك أن تعارض الأدلة قد يدفع بطريق النسخ ، كأن يكون أحد الدليلين المتعارضين ناسخاً للآخر ، ولا يتأتى ذلك في دفع التعارض عن البيئات لأن النسخ خاص بالأدلة الشرعية .

(١) المرجع السابق ٨٠١ ، ٨٠٢ .

الفصل الثالث

- ٣ . ١ أركان التعارض .
- ٣ . ٢ شروط التعارض .
- ٣ . ٣ محل التعارض .

رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

حقيقة التعارض

٣ . ١ أركان التعارض

- بيان معنى الركن .

- بيان أركان التعارض .

تعريف الركن لغة واصطلاحاً

تعريف الركن لغة

قال الجوهري ^(١) : (ركن الشيء جانبه الأقوى ، وهو يأوي إلى ركن شديد : أي إلى عزٍّ ومنعة) ^(٢) وفي المعجم الوسيط أنه يقال لأحد الجوانب التي يستند إليها الشيء ويقوم بها ، وجزء من أجزاء حقيقة الشيء يقال ركن الصلاة وركن الموضوع ^(٣) وفي اللسان : (أركان كل شيء جوانبه التي يستند إليها ويقوم بها) ^(٤) .

واصطلاحاً

يطلقه الفقهاء على جزء الماهية كقولهم : القيام ركن الصلاة ، وركن الحج وقوف عرفة .

(١) هو إسماعيل بن حماد أبو نصر الجوهري التركي اللغوي النحوي العروضي من تأليفه (الصحاح في اللغة) وغيره توفي سنة ٣٩٣هـ (شذرات الذهب ٣/ ١٤٣ ، الأعلام ١/ ٣١٣) .

(٢) الصحاح له ٥/ ٢١٢٦ (ركن) .

(٣) المعجم الوسيط ١/ ٣٧٠ ، ٣٧١ (ركن) .

(٤) لسان العرب ١/ ١٢١٩ (ركن) .

وعرفه بعضهم بأنه : (ما يقوم به الشيء)^(١).

وعرفه آخرون بأنه (ما يتم به الشيء وهو داخل فيه) بخلاف شرطه فهو خارج عنه^(٢).

فتبين من التعاريف المذكورة أمران

١ - أن أركان الشيء أجزاءه التي يقوم بها ، ومفردها ركن والركن جزء من تلك الأجزاء ، كالقيام في الصلاة جزء من أجزائها .

٢ - أن الركن داخل في الماهية بخلاف الشرط فإنه خارج عنها مثال ذلك :
الوضوء والركوع بالنسبة للصلاة ، فإن الركوع ركن داخل في ماهيتها ،
والوضوء شرط لصحتها خارج عن ماهيتها يتقدمها .

بيان أركان التعارض

إن بيان أركان التعارض يستدعي الرجوع قليلاً إلى ذكر بعض ما قيل في تعريفه لأن بعضهم عرف التعارض بسرد أركانه .

ثم إن ما يجعله بعضهم ركناً للتعارض قد يجعله الآخر شرطاً له ، وبين الركن والشرط فرق إذ أن الركن داخل في ماهية الشيء - على ما تقدم - والشرط خارج عنها .

(١) التعريفات للجرجاني ١١٧ (ركن) طبعة مكتبة بيروت .

(٢) المرجع السابق .

- البزدوي^(١) قال في تعريف التعارض (ركن المعارضة تقابل الحجتين على السواء لا مزية لإحدهما في حكمين متضادين)^(٢) .
- وقال السرخسي (أما الركن فهو تقابل الحجتين المتساويتين على وجه يوجب كل منهما ضد ما توجهه الأخرى)^(٣) .
وعلى هذا فهو عنده كما هو عند البزدوي .

فقد اعتبرا التقابل والتساوي والتضاد بين الحجتين من أركان التعارض .
ويقول الرهاوي^(٤) إن التمانع لا بد منه في اعتبار الركنية^(٥) ، وذلك لأنه يرى أن الحجتين المتعارضتين إذ أمكن الجمع بينهما خرجتا عن كونهما متعارضتين ، ولا شيء أدل على ذلك من تعريفه للتعارض بقوله : (تقابل الحجتين المتساويتين على وجه لا يمكن الجمع بينهما بوجه)^(٦) .
وإن أمكن الجمع بينهما لم تكونا متمانعتين عنده .
وكذلك الشوكاني يقول إنه^(٧) : (تقابل الدليلين على سبيل الممانعة) .

-
- (١) هو علي بن محمد ابوالحسين ، فخر الإسلام ، فقيه أصولي من أكابر الحنفية من تصانيفه كتابه : أصول البزدوي وغيره توفي سنة ٤٨٢ هـ (الجواهر المضيئة ٢ / ٥٩٤ ، تاج التراجم ٤١) .
(٢) كشف الأسرار عن أصول البزدوي ٣ / ٧٦ ، ٧٧ .
(٣) أصول السرخسي ٢ / ١٢ .
(٤) هو شرف الدين أبوزكريا يحيى الرهاوي المصري الحنفي توفي سنة ٧٧٤ هـ (كشف الظنون ٢ / ٢٠٢٣ ، الأعلام ٨ / ١٦٣) .
(٥) حاشية الرهاوي على شرح المنار لابن ملك ٦٦٧ ، ٦٦٨ .
(٦) المرجع السابق .
(٧) إرشاد الفحول ، ٢٤١ .

وبعد ذكر هذه الأقاويل في تعريف التعارض وأركانه يمكن أن نستخلص أن أركان التعارض عندهم هي :

١ - وجود حجتين فأكثر ، فلا يتحقق التعارض في حجة واحدة .

٢ - تقابل الحجتين .

٣ - التساوي بين الحجتين في القوة .

٤ - تضاد الحكمين عند بعضهم ، كالبرزدوي والسرخسي ، وهو المعبر عنه بالتدافع ، والتمانع بين الحجتين ، عند بعض آخر كالرهاوي .

٥ - كون المتعارضين حجتين ، بحيث لو انفرد كل منهما لكان حجة مقبولة شرعاً .

فهذا أهم ما ذكره الأصوليون ، والفقهاء - في الجملة - عند كلامهم على أركان التعارض .

ولكنه بالنظر إلى معنى الركن ، وهو أنه ما كان جزءاً من ماهية الشيء داخلياً فيه ، فإنه لا يمكن اعتبار هذه الأمور كلها أركاناً للتعارض ، بل إن بعضها داخل في الماهية ، وبعضها خارج عنها ، إلا إذا اعتبرنا إطلاق الركن عليها من باب المجاز ، بإطلاق الركن ، واردة ما هو أعم منه فيدخل فيه الشرط ، أو باعتبار أن الشرط يجوز أن يطلق عليه الركن لقربه من الماهية كتكبير الافتتاح - مثلاً - كما للرهاوي^(١) .

(١) حاشية الرهاوي ٦٦٧ ، ٦٦٨ ، وانظر التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية للبرزنجي ١ / ٢٦١ - ٢٦٣ طبعة أولى ١٣٩٧ هـ - العاني ، وانظر دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين لعوض ٢٥٨ وما بعدها طبعة أولى ١٤٠٠ هـ - دار الطباعة المحمدية بالأزهر .

وأرى أنه لا داعي لإقحام الشروط هنا ضمن الأركان ولا للمصير إلى المجاز، وقد ذكرت ما قالوه لأستخلص منه ما يصلح أن يكون ركناً للتعارض الفقهي ولأضيف إلى الشروط- في المبحث اللاحق- ما يصلح أن يكون شروطاً له .

وبالنظر إلى أن التعارض بين وسائل الإثبات هو محل البحث، وتقدم أن التعريف المختار له هو :

(أن يقدم كل طرف في الخصومة دليلاً يؤيد دعواه وينفي دعوى الآخر . . . الخ) فيمكن اعتبار أركان هذا النوع من التعارض- كما يلي :

١- وجود حجتين فأكثر، إذ لا يتحقق التعارض في حجة واحدة . وذلك ما أشار إليه التعريف بقوله (أن يقدم كل طرف دليلاً) .

٢- وجود حكمين- فأكثر- مختلفين مفهومين من الحجتين فأكثر، وإليه الإشارة في التعريف بقوله : (يؤيد دعواه، وينفي دعوى الآخر) .

٣- وجود طرفين فأكثر في النزاع، وهذا الركن خاص بتعارض وسائل الإثبات أما تعارض الأدلة فليس ذلك ركناً فيه .

. . . وهذا وما عدا هذه الأركان يمكن اعتباره شروطاً، وعند ذكر الشروط في المبحث التالي يزداد الأمر وضوحاً .

٣ . ٢ شروط التعارض

- بيان معنى الشرط .

- بيان شروط التعارض .

بيان معنى الشرط

لعل مما يساعد على معرفة شروط التعارض ، بيان معنى الشرط ، ومحل الاتفاق بينه وبين الركن ، ومحل الاختلاف بينهما .

أولاً : تعريف الشرط لغة

الشرط - بسكون الراء - في اللغة مصدر بمعنى إلزام الشيء ، والتزامه ، كالشرط في البيع ونحوه ، وجمعه شروط وبتحريك الراء معناه العلامة ، وجمعه أشراط ، ومنه أشراط الساعة في قوله تعالى ﴿ فهل ينظرون إلا الساعة أن تأتيهم بغتة فقد جاء أشراطها ﴾^(١) . أي علاماتها^(٢) .

ثانياً : تعريفه اصطلاحاً

وقد اختلفت فيه عبارات الأصوليين والفقهاء^(٣) والأنسب منها للشرط الذي هو المقصود هنا ، تعريفه بأنه : (ما يلزم من عدمه عدم الماهية ، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته) .

(١) سورة محمد ، الآية ١٨ .

(٢) لسان العرب ٢/٢٩٧ (شرط) .

(٣) أصول السرخسي ٢/٣٠٣ ، الموافقات للشاطبي ٤/ ١٨٤ طبعة دار الفكر

الفروق ١/ ٦٢ ، إرشاد الفحول ص ٦ .

فالقيد الأول : (ما يلزم من عدمه عدم الماهية) : يخرج المانع ^(١) لأنه لا يلزم من عدمه شيء .

والقيد الثاني : (ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم) : يخرج السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود ، ومن عدمه العدم .

وخرج بالقيد الثالث : (لذاته)

الشرط المقارن وجوده لوجود السبب ، فيلزم الوجود لأجل السبب لا لذات الشرط ^(٢) .

ومن أمثلته : الطهارة للصلاة ، وكمال الحول لوجوب الزكاة ، فالصلاة متوقفة على الطهارة وبدون الطهارة لا تصح الصلاة ، ووجوب الزكاة متوقف على كمال الحول ، وكل من الطهارة وكمال الحول يلزم من عدمه عدم وجود الصلاة ، أو الزكاة ، ولا يلزم من وجود الطهارة وجود الصلاة في الواقع ، فلو توضأ قبل دخول الوقت مثلاً ، فقد وجد الشرط ولم يستلزم ذلك وجود المشروط ولا عدمه .

ومن هنا يتفق الشرط والركن في أن كلا منهما يتوقف عليه وجود الشيء إلا أن الركن هو ما يتوقف وجود الشيء على وجوده ، وكان جزءاً من حقيقته (ماهيته) والشرط هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ، وكان خارجاً عن حقيقته (ماهيته) ^(٣) .

(١) المانع هو الذي يلزم من وجوده العدم ، ولا يلزم من عدمه وجود ولا عدم (الفروق ١/ ٦٢) .

(٢) الفروق ١/ ٦٢ ، تهذيب الفروق ١/ ٦٠ .

(٣) الوسيط في أصول الفقه لوهبة الزحيلي ، ص ٩٥ ، طبعة جامعة دمشق ، ١٣٨٥ هـ .

ولما كان الشرط والركن متفقين في أن كلا منهما يتوقف عليه وجود الشيء التبسا على كثير من الأصوليين .

بيان شروط التعارض

كما أن الكثير ممن تكلموا على التعارض لم يذكروا أركانه بصفة متميزة ، فكَذلك أيضاً لم يذكروا الشروط تعداداً ، وإنما تستتج من تعريفاتهم للتعارض ، وأهم ما يستخلص من تلك التعريفات من الشروط ما يلي :

- الشرط الأول : أن يكون محل الحكم متحداً في البيتين المتعارضتين كأن تشهد إحدى البيتين أن السيارة لزيد وتشهد الأخرى أن هذه السيارة بعينها لعمر و فقد اتحد محل الحكم وهو السيارة الواحدة ، فإن اختلف محل الحكم فلا تعارض ، كأن تشهد بيعة أن السيارة البيضاء لفلان وتشهد أخرى أن السيارة السوداء لغيره فهنا قد اختلف المحل ، أي لم يقع الحكم على محل واحد لتغاير السيارتين .

- ومثاله في الأدلة : الدليل الدال على حل الزوجة ﴿نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم﴾^(١) والدليل الدال على حرمة أمها ﴿وأمهات نسائكم﴾^(٢) حيث جاء معطوفاً على المحرمات فإنه لا تعارض بينهما لتخلف الشرط وهو اتحاد محل الحكم .

- الشرط الثاني : أن يكون الزمان متحداً فيهما فإذا اختلف الزمان بين البيتين فلا تعارض^(٣) كأن تشهد إحدى البيتين أن البيت كان ملكاً لزيد منذ سنة

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٢٣ .

(٢) سورة النساء ، الآية ٢٣ .

(٣) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت الأنصاري ١٨٩ / ٢ ، طبعة دار العلوم

الحديثة ، بيروت . بلغة السالك الأقرب المسالك ٣٧٣ / ٢ ، طبعة الحلبي ، مصر ،

سنة ١٣٧٢ هـ .

مثلاً وتشهد أخرى أن عمرًا اشتراه اليوم من زيد ، أما لو شهدت إحداهما أنه الآن ملك لزيد ، وشهدت الأخرى أنه الآن ملك لعمر و فقد حصل التعارض لتوفر الشرط وهو اتحاد البينتين في الزمان .

- ومثال ما تخلف فيه شرط اتحاد الزمان من الأدلة الدال على إباحة الأكل والشرب ليلة الصيام ، والدليل الدال على تحريمهما في يومه ، وهما قوله تعالى : ﴿وَكُلُوا وَاشْرَبُوا حَتَّى يَتَبَيَّنَ لَكُمُ الْخَيْطُ الْأَبْيَضُ مِنَ الْخَيْطِ الْأَسْوَدِ مِنَ الْفَجْرِ ثُمَّ أَتُوا الصِّيَامَ إِلَى اللَّيْلِ﴾^(١) .

- الشرط الثالث : عدم كون الحجتين المتعارضتين قطعتين لأن القطعتين لا يتأتى التعارض بينهما ، فلا يتعارض المتواتر مع متواتر آخر كما سيأتي .

- الشرط الرابع : التساوي بين البيئات المتعارضة بأن تكون في قوة واحدة ، فإذا كانت إحدى البينتين أقوى من الأخرى فلا تعارض وتقدم البيئة الأقوى كالشهادة وعلم القاضي ، فالشهادة تفيد الظن وعلم القاضي يفيد اليقين بالنسبة للقاضي ، واليقين أقوى من الظن ولذلك اتفق الفقهاء على أن القاضي لا يحكم بخلاف علمه ، وإن شهدت البيئة بخلافه ، وكذلك تقدم الشهادة على القرائن التي ليست قاطعة .

ومع ذلك فإنه قد يصعب على الفقيه أو القاضي معرفة الأقوى فيكون تعارض البيئات في الظاهر - وإن كان بعضها أقوى من بعض في الحقيقة - ومن هنا دخلت البيئات التي لم تكن متساوية في القوة في مبحث التعارض ، إلا أنه إذا أمكن الترجيح بينها فقد زال التعارض^(٢) .

(١) سورة البقرة ، الآية ١٨٧ .

(٢) مواهب الجليل ٦ / ٢١٠ ، بلغة السالك ٢ / ٣٧٣ .

وكذلك في الأدلة فلا تعارض بين القوي والضعيف^(١).

- الشرط الخامس : حجية كل من البينتين المتعارضتين بحيث لو انفردت إحداهما لحكم لصاحبها بها ، كأن يشهد شاهدان بحق لزيد ، ويشهد آخران أن ذلك الحق بعينه لعمرو ، فلا تعارض بين بينتين ناقصتين كما إذا حصل تعارض بين شاهد وشاهد ، كما أنه لا تعارض بين بينة كاملة وبينة ناقصة ، كشاهدين يتعارضان مع شاهد واحد فيما يثبت بشاهدين^(٢) . فهذه أبرز الشروط التي إذا تخلف أحدها تخلف التعارض .

وما عداها - مما زاده بعضهم - إما داخل في الشروط المذكورة ، أو ركن من الأركان المتقدم ذكرها ، كاشتراط تنافي مدلولي الحجتين أو اشتراط عدم إمكان الجمع بينهما .

(١) المستصفى ٢ / ٣٩٥ .

(٢) المغني ٩ / ٢٦٥ .

٣ . ٣ محل التعارض

وتم تقسيمه إلى الآتي :

- محل التعارض باعتبار قوة الحجة وضعفها .
- تعارض المرجحات الأولية مع وسائل الإثبات الشرعية .
- تعارض أصليين فيما بينهما .
- تعارض أصل وظاهر .
- تعارض ظاهرين .

٣ . ٣ . ١ محل التعارض باعتبار قوة الحجة وضعفها

تنقسم وسائل الإثبات الشرعية من حيث القطع والظن إلى قسمين :

القسم الأول : ما هو قطعي يفيد العلم اليقيني والقطع بصحة مقتضاه كالتواتر وعلم القاضي ، لأن التواتر خبر جماعة يمتنع تواطؤهم على الكذب عن أمر محسوس ، أو هو الخبر الثابت على السنة قوم لا يتصور تواطؤهم على الكذب لكثرتهم ، أو لعدالتهم ، فهو يفيد العلم اليقيني ^(١) .

وكذلك علم القاضي الذي اكتسبه بنفسه ، برؤية القضية أو سماع الأقوال ، أو رؤية المدعى به فهو علم يقيني ^(٢) .

القسم الثاني : ما هو ظني يفيد الظن الغالب ويترجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب ، كالشهادة ، والإقرار ، واليمين ، والقرائن .

فالشهادة يترجح فيها جانب الصدق لأنها تصدر من غير صاحب

(١) الطريقة الواضحة إلى البينة الراجعة لمحمود حمزة مفتي الشام ص ٢٣٥ .

(٢) من طرق الإثبات ١٢٧ ، وسائل الإثبات ٥٦٣ .

الدعوى بالاضافة إلى العدالة المتوفرة في الشهود^(١) ومثلها في ذلك الإقرار، لأن العاقل لا يقر على نفسه بشيء مضر به، أو بماله إلا إذا كان صادقاً فيه وكذلك باقي وسائل الإثبات، فإننا نرجح فيها جانب الصدق على جانب الكذب إلا أنها تظل ظنية يدخلها الشك^(٢). وإذا كانت طرق الإثبات لا تخرج عن القسمين المذكورين، فإنها ليست على وزن واحد من حيث القبول للتعارض وعدم القبول له، وذلك أن القسم الأول وهو ما كان قطعياً من وسائل الإثبات كالتواتر وعلم القاضي ليس محلاً للتعارض، لأن التواتر هنا لا يخلو من أحد احتمالين:

الاحتمال الأول: أن يحصل التواتر في إحدى البيئات المتعارضة دون الأخرى فيعمل بالتواتر المفيد للقطع ويلغى غيره.

الاحتمال الثاني: أن يحصل في البيئتين معاً وهذه الصورة لا يمكن وقوعها لأنها تؤدي إلى وقوع التعارض بين قطعيين وذلك غير ممكن كما قرره علماء الأصول^(٣).

وأما القاضي فإنه لا يتعارض مع غيره من وسائل الإثبات في الحقيقة، وإن سموه تعارضاً في بعض الأحوال فمن باب التجوز، لأن علم القاضي وإن كان لا يقضي اعتماداً عليه وحده على الراجح - إلا أنه أيضاً لقطعيته لا يجوز له أن يقضي بخلافه باتفاق الفقهاء^(٤) فقطعيته وظنية غيره من وسائل

(١) تبصرة الحكام ٢٠٩/١.

(٢) تكملة شرح فتح القدير لقاضي زادة ٢٨١/٦، الأميرية ببولاق ١٣١٨هـ.

الأصول القضائية في المرافعات الشرعية لعللي قراة، مطبعة الرغائب ١٣٣٩هـ.

(٣) المستصفى ٣٩٣/٢، إرشاد الفحول ٢٤٢، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ٣١٦، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة.

(٤) بداية المجتهد ٥٠٣/٢، تبصرة الحكام ٢٤٨/١، مغني المحتاج ٣٩٨/٤، أدب القضاء لأبن أبي الدم ١٥٧.

الإثبات منعه أن يكون محلاً للتعارض الحقيقي ، لأنه لا بد للتعارض من التساوي بين الدليلين ، فلا تعارض بين قطعي وظني^(١) .

وإذا تقرر أن التعارض لا يحصل بين القطعيين ، ولا بين قطعي وظني ، فإن الظنيات كلها تبقى محلاً للتعارض ، بل عرضة له ، سواء في ذلك ما هو منها وسائل معتبرة شرعاً للإثبات ، وما هو مرجح من المرجحات الأولية^(٢) كالأصل والظاهر والاستصحاب^(٣) .

وقبل الخروج عن هذه النقطة لا بد من بيان حقيقة هي أن التعارض في الأصل محله الحجج التي هي في قوة واحدة ، كالشهادة مع الشهادة والقريضة مع القريضة - مثلاً - وهكذا . . .

وفي الحقيقة أن التعارض لا يحصل ما دامت إحدى الحججتين أقوى من الأخرى ، إلا أنه قد يظهر التعارض للناظر في أول وهلة ، فإذا محص قوة الدليلين قدم الدليل القوي على الضعيف ، وإن سمي الفقهاء هذا النوع تعارضاً فمن باب التجوز أيضاً^(٤) لأنه إذا أمكن الجمع أو الترجيح بينهما فقد زال التعارض .

(١) إرشاد الفحول ٢٤٢ ، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي ٦٣٢ ، وانظر القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله لمحمود هرموش ٤٣٦ ، طبعة أولى ١٤٠٦ هـ ، بيروت .

(٢) المرجحات الأولية هي الأمور التي يرجح بها القاضي جانب أحد الخصمين على الآخر ليميز بين المدعي منهما وبين المدعى عليه ، ومنها الأصل كقولهم الأصل براءة الذمة ويكون المتمسك به أقوى جانباً فيعتبر هو المدعى عليه ، ومنها الظاهر ويشمل العرف والعادة والغالب ، ومنها استصحاب الحال (تهذيب الفروق ٤/ ١١٩) .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٤ وما بعدها طبعة دار الكتب العلمية بيروت ١٤٠٣ هـ .

(٤) انظر هامش وسائل الإثبات للزحيلي ٨١٤ .

وسيرا مع الفقهاء على اعتبار أن التعارض ما يتخيله الناظر في ابتداء نظره . . . فإن التعارض على هذا الاعتبار قد يقع بين وسائل الإثبات الظنية كلها، وإن تفاوتت قوة وضعفا، كما أنه يحصل أيضاً بين المرجحات الأولية، وبينها وبين وسائل الإثبات الأخرى فقد يتمسك كل طرف من أطراف النزاع بأصل، أو يتمسك أحدهما بأصل والآخر بعرف أو غالب، وقد يتمسك أحدهما بأصل أو عرف أو غالب فيقيم الآخر بيئة شرعية . . . وبيان تلك الحالات والتمثيل لها في المطالب الآتية :

٣ . ٢ . ٣ تعارض المرجحات الأولية مع وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية

إذا تمسك أحد الطرفين بأصل أو ظاهر حال من عرف أو غالب أو نحو ذلك وأقام الآخر بيئة شرعية من شهادة أو كتابة فإن الفقهاء متفقون في هذه الحالة على العمل بالبيئة وإلغاء ما تمسك به الطرف الآخر من أصل أو غالب أو استصحاب حال ^(١) لأن صاحب البيئة مدع والآخر مدعى عليه وهذا يتفق مع ما تقدم من تعريف المدعى عليه بأنه من كان قوله على وفق أصل أو عرف أو ظاهر . . . والمدعي من يخالف قوله ذلك ^(٢) كما يتفق مع الأصل الشرعي أن البيئة على المدعي واليمين على المدعى عليه فإذا أثبت المدعي دعواه وأقام عليها البيئة حكم له بالبيئة وإن كان جانب المدعى عليه يقويه أصل أو ظاهر أو استصحاب .

(١) تهذيب الفروق ٤/ ١٢٠، تبصرة الحكام ١/ ١٢٣، البهجة في شرح التحفة ١/

٢٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٤، قواعد ابن رجب ٣٣٩ طبعة دار المعرفة

بيروت .

(٢) انظر ص ٢١ من البحث .

مثال ذلك :

- إذا شهد عدلان بشغل ذمة المدعى عليه ، فإنه يحكم عليه بمقتضى الشهادة مع أن الأصل براءة الذمة . . . ويلغى الأصل .
- إذا شهد عدلان على من عرف بالصلاح والصدق ، فإنه يعمل بالشهادة وإن كان الظاهر يقتضي خلافها ، ويلغى الظاهر .
- وإذا شهد عدلان ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه ، حكم بشهادة العدلين - مع أن الأصل بقاء ما كان على ما كان والمدعى عليه يعضد جانبه استصحاب الحال وألغى الاستصحاب^(١) .

٣ . ٣ . ٣ تعارض الأصلين فيما بينهما

وكذلك فإن المرجحات تتعارض فيما بينها فقد يتعارض الأصل مع أصل آخر^(٢) أو مع ظاهر الحال ، كما قد يتعارض ظاهران فيما بينهما ، والكلام في هذا المطلب على تعارض الأصلين : فإذا تمسك كل طرف من طرفي الدعوى بأصل من الأصول ولم تكن لدى واحد منهما حجة شرعية معتبرة لقطع النزاع ، فإنه ينظر إلى الأصلين المتعارضين فإن كان أحدهما أكثر تعلقاً بموضوع النزاع وجوهره رجع على الآخر وكذلك يرجع الأصل الذي يؤيده أصل آخر أو قواعد أخرى ، ومن ترجح جانبه منهما يعتبر مدعى عليه ، والآخر مدع ، وما دام المدعي لم يثبت صحة دعواه فالقول قول المدعى عليه مع يمينه .

(١) قواعد ابن رجب ٣٣٩ .

(٢) ليس المراد بتعارض الأصلين تقابلهما على وزن واحد في الترجيح فإن هذا كلام متناقض بل المراد التعارض بحيث يتخيل للناظر في ابتداء نظرة تساويهما فإذا حقق فكره رجع (الاشباه والنظائر للسيوطي ٦٨) .

- أما إذا لم يترجح جانب أحد الطرفين على الآخر بأصل آخر، أو بوجه من وجوه النظر، فإن الفقهاء يختلفون - في الغالب - في هذه الحالة تبعاً لاختلافهم في الحكم على قوة المرجح وعدم قوته، وفيما يقدم من المرجحات وما يؤخر^(١)، وفيما يلي أمثلة توضح ذلك :

الأمثلة لما ترجح فيه أحد الأصلين على الآخر :

١ - إذا اختلف المودع والمودع في رد الوديعة، فإن المودع يتمسك بأصل براءة الذمة والمودع يتمسك بأصل عدم الرد، لأن الرد عارض والأصل في الأمور العارضة العدم، إلا أن الأصل الذي تمسك به المودع معضد بأصل آخر هو : أن الأصل في الأمين الصدق وعدم الضمان، فيرجح جانبه ويكون القول قوله مع اليمين حتى يثبت المودع عدم الرد^(٢).

٢ - إذا ادعى العنين الوطء في المدة المضروبة له، وهو سليم الذكر والأنثيين وأنكرت المرأة ذلك، فإن جانبها يتقوى بأصل عدم الوطء بالنسبة للعنين، وجانب الرجل يقويه أن الأصل بقاء النكاح، لكن سلامة ذكر الرجل وأنثيه زادت جانب الرجل قوة، لأن سليم ذلك لا يكون عنيماً في الغالب، فيكون القول قوله، بخلاف ما لو كان خصياً أو مجبواً^(٣).

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٨، قواعد ابن رجب ٣٣٥.

(٢) قواعد الكرخي ١١٢ مطبوع مع تأسيس النظر للدبوسي. مطبعة الامام بالقاهرة نشر زكريا يوسف، البهجة في شرح التحفة ١/٢٦، تبصرة الأحكام ٣١٢/١.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٨.

أمثلة لما لم يظهر فيه رجحان أحد الأصلين على الآخر فجرى فيه الخلاف :

١- إذا ضرب الزوج زوجته وادعى أنها ناشز وأن الضرب من باب التأديب وادعت هي أنه إنما كان ظلماً فقد تعارض أصلاًن هما : عدم الظلم وعدم النشوز . والذي يظهر - والله أعلم - أن القول قول الزوج ، لأن الشارع جعله ولياً على المرأة وله الحق في تأديبها ما لم يفرط^(١) .

٢- إذا زاد المقتص في الموضحة على القدر المطلوب وادعى أن الزيادة حصلت من أجل اضطراب الجاني لا عن إرادة منه ، فأنكر الجاني ذلك ، فهل يكون القول قول المقتص لأن الأصل براءة الذمة ، أو يكون القول قول المقتص منه لأن الأصل عدم الاضطراب : في ذلك قولان للشافعية وكذلك عند الحنابلة فيه روايتان . وقد أكثر ابن رجب^(٢) في قواعده والسيوطي^(٣) في أشباهه . من الأمثلة لهذا النوع الذي لم يظهر فيه رجحان أحد الأصلين على الآخر ، فمن أراد الاستزادة فليرجع إليهما^(٤) .

٣ . ٤ . تعارض الأصل والظاهر

إذا تعارض الأصل والظاهر فتارة يعمل بالأصل ولا يلتفت إلى الظاهر ، وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت إلى الأصل ، وتارة يعسر ترجيح

(١) المرجع السابق ٧٢ .

(٢) هوزين الدين بن عبدالرحمن بن رجب الحنبلي ، البغدادى ثم الدمشقي حافظ للحديث ، له مصنفات منها : «القواعد في الفقه» و«ذيل طبقات الحنابلة» ، توفي سنة ٧٩٥هـ (شذرات الذهب ٦/ ٣٣٩ ، مختصر طبقات الحنابلة ٦٤) .

(٣) هو عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد ، جلال الدين ، الشافعي المجتهد صاحب التصانيف ، ذكر العلماء أن مؤلفاته بلغت ستمائة منها : «الدر المختور» و«بغية الوعاة» و«الأشباه والنظائر» وغيرها . توفي سنة ٩١١هـ (شذرات الذهب ٨/ ٥١ ، الأعلام ٣/ ٣٠١) .

(٤) قواعد ابن رجب ٣٣٥-٣٣٩ ، والأشباه والنظائر للسيوطي ٦٨-٧٢ .

أحدهما على الآخر ، لتساويهما فتختلف أنظار الفقهاء في العمل بأي منهما لتعادلتهما وعدم وجود مرجح يقوى أحدهما على الآخر ، فيكون في هذا النوع الأخير - في الغالب - أقوال للعلماء . تارة بين مختلف المذاهب وتارة بين أصحاب المذهب الواحد ^(١) .

- وبالأمثلة تتضح الحالات المذكورة

فمثال ما عمل فيه بالأصل وألغى الظاهر اتفاقاً

- إذا ادعى من عرف بالتقوى والصلاح ديناً على آخر ، فإن الظاهر صدق المدعي لأن من عرف بالتقوى والصلاح الغالب أنه لا يدعي إلا حقاً ، ولكن الأصل براءة الذمة وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الأصل هنا وإلغاء الظاهر ، فيكون القول قول المدعي عليه مع يمينه ^(٢) .

ومن باب أولى إذا كان المدعي لم يعرف بالتقوى والصلاح لأن ادعاءه مجرد احتمال لا يقوى على الأصل .

وضابط ما يقدم فيه الأصل على الظاهر أن يكون الظاهر المعارض للأصل احتمالاً مجرداً فقط ^(٣) .

ومثال ما يعمل فيه بالظاهر ويلغى الأصل اتفاقاً.

(١) تهذيب الفروق ٤ / ١٢٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٤ ، قواعد ابن رجب ٣٣٩ .

(٢) البهجة في شرح التحفة ١ / ٢٧ ، التبصرة لابن فرحون ١ / ١٢٣ ، الفروق للقرافي ٤ / ٧٦ ، أشباه ابن نجيم ٥٩ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٤ ، قواعد ابن رجب ٣٤٠ .

- إذا شهد عدلان بشغل ذمة المدعى عليه ، فإن الظاهر صدق العدلين والأصل براءة الذمة ، فيعمل بالظاهر (الشهادة) ويلغى الأصل اتفاقاً^(١) .

وضابط ما يقدم فيه الظاهر على الأصل أن يكون الظاهر مستنداً إلى سبب منصوب شرعاً كالشهادة والرواية^(٢) .

ومثال ما جرى فيه الخلاف بين تقديم الأصل وتقديم الظاهر :

١ - إذا اختلف الزوجان في النفقة ، فادعت المرأة على زوجها الحاضر معها أنه لم ينفق عليها وقال إنه أنفق ، فالأصل عدم الإنفاق والظاهر أن الزوج - وهو يشاهد ينقل إلى مسكنه الأطمعة - يكون قد أنفق عليها .

- تمسك الحنفية والشافعية والحنابلة بالأصل وألغوا الظاهر فقالوا إن القول قول المرأة لأن الأصل عدم الإنفاق وبقاء النفقة في ذمة الزوج^(٣) .

- وأخذ المالكية والشيخ تقي الدين ابن تيمية بالظاهر ولم يعتبروا الأصل وقالوا إن القول قول الزوج ، لأنه الغالب أنه إذا كان يشاهد وهو ينقل النفقة من طعام وشراب إلى بيته ، فإن العادة الغالبة مثيرة للظن بصدقه^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٥ ، الفروق ٤/ ٧٦ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٤ ، قواعد ابن رجب ٣٣٩ .

(٢) تهذيب الفروق ٤/ ١٢٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٦٤ .

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٥٨ ، قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٢/ ٥٤ ، مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٨٨ هـ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٢ ، قواعد ابن رجب ٣٤٠ .

(٤) تهذيب الفروق ٤/ ١٢٠ ، تبصرة الحكام ١/ ١٢٣ ، فتاوي شيخ الإسلام ٧٧/ ٣٤ .

يقول التسولي^(١) (إذا تعارض الأصل والغالب فيقدم الغالب لقوله تعالى ﴿وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾^(٢) فكل شي كذبه العرف وجب ألا يعمل به إلا في مسألة دعوى الدين إذا كان يدعيه أتقى الناس وأعلاهم في العلم والدين فإن الغالب صدقه، والأصل براءة الذمة فيقدم الأصل على الغالب في هذه عند المالكية وقدم الشافعية الأصل في جميع صور التعارض)^(٣).

٢- إذا ادعى الزوج أن سيد الأمة غره وزوجه بها على أنها حرة، فظهر أنها أمة وأنكر السيد وقال، إنها أمة فلا أصحاب مالك روايتان في هذه المسألة، لأنه تعارض أصل وغالب فالأصل عدم الغرور، فيكون القول قول السيد، وبه قال سحنون^(٤) والغالب عدم الدخول على زواج الإماء وعدم الرضا بهن، وزواج الأحرار للإماء نادر، فيقدم الغالب على النادر، ويكون القول قول الزوج، وبهذا قال أشهب^(٥).

(١) هو علي بن عبد السلام التسولي أصلاً ومنشأً الفاسي داراً وقراراً، كنيته أبو الحسن فقيه من تصانيفه (البهجة في شرح التحفة) وله حاشية على الزقاقية، وشرح شامل، توفي ١٢٥٨ هـ (معجم المؤلفين ٧/ ١٢٢، الأعلام ٤/ ٣٩٩).

(٢) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٣) البهجة في شرح التحفة له ١/ ٢٧.

(٤) هو عبد السلام بن سعيد التنوخي، الشامي الأصل، أحد أعلام المذهب المالكي ولي القضاء بالقيروان، وارتحل وحج كان فقيهاً بارعاً صارماً في الحق زاهداً في الدنيا، له «المدونة» في الفقه، توفي ٢٤٠ هـ (الديباج المذهب ١٦٠، شذرات الذهب ٢/ ٩٤).

(٥) تبصرة الأحكام ١/ ١٢٣، تهذيب الفروق ٤/ ١٢١، وأشهب هو مسكين بن داود بن إبراهيم، أشهب لقبه، وكنيته أبو عمرو، من أهل مصر ومن الطبقة الوسطى من أصحاب مالك، انتهت إليه رئاسة الفتوى والفقه في مصر بعد ابن القاسم، توفي ٣٠٤ هـ (الديباج المذهب ٩٨، ترتيب المدارك لعياض ١/ ٤٤٧).

٣ - إذا اختلف الزوجان في قدر المهر ولا بينة لأحدهما فللحنابلة روايتان في هذه الحالة :

إحدهما : القول قول الزوج لأنه منكر وغارم والأصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما هو مقر به .

والثانية : القول قول مدعي مهر المثل منهما لأن الظاهر يشهد له ^(١) .

٣ . ٣ . ٥ تعارض الظاهرين

إذا تعارض الظاهران فيما بينهما فإنه يجرى عليهما ما أجري على الأصلين المتعارضين - كما سبق - من تقديم أحدهما على الآخر بأصل أو بظاهر آخر أو غير ذلك من طرق الترجيح .

مثال ذلك :

- إذا أقرت امرأة بالنكاح وصدقها الرجل المقر له بالزوجية وهما من أهل البلد الذي حصل فيه الإقرار منهما ولم يقيما بينة على ذلك .

ففي هذه الحالة : الظاهر صدقهما فيما اتفقا على الإقرار به ، إلا أن هذا الظاهر معارض بظاهر آخر ، هو أن البلديين يعرف حالهما غالباً ويسهل عليهما إقامة البينة فيطالبان بها .

فالحكم في هذه الحالة أنهما إذا لم يكونا من أهل البلد صدقا مطلقاً لأن الأصل صدق الإنسان فيما يقرُّ به على نفسه باختياره وإن كانا من أهل البلد صدقا في الميراث لأنه إقرار كذلك لا النكاح ، لأن الغالب إعلانه ^(٢) .

(١) قواعد ابن رجب ٣٤٥ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٧٢ ، تبصرة الحكام ١/١٤٦ ، جواهر الإكليل ١/٣٢٣ .

- وإذا تنازع جزاران جلدًا ففي هذه الحالة كل منهما يصدقه العرف فتعارض الظاهران ، إلا أنه إذا كان الجلد بيد أحدهما أصبح القول قوله ، لأن الظاهر عنده ظاهر آخر هو اليد ، وإن كان الجلد بيديهما معاً فاليد ظاهرة لكل منهما فيقسم بينهما^(١) .

(٢) البهجة في شرح التحفة ١ / ٢٧ .

الفصل الرابع

- ٤ . ١ . الشهادات .
- ٤ . ٢ . علم القاضي .
- ٤ . ٣ . الإقرار .
- ٤ . ٤ . القرائن .
- ٤ . ٥ . الكتابة .
- ٤ . ٦ . اليمين .

ما يتعارض من البيانات

٤ . ١ . الشهادات

وتحت: تمهيد وسبعة مطالب :

- أ - تعريف الشهادة .
- ب - دليل مشروعيتها .
- ج - حكمة مشروعية الشهادة .
- د - حكم تحملها وأدائها .
- هـ - شروط الشهادة .
- و - أنواع الشهادات .
- ز - أمثلة متنوعة لتعارض الشهادات .

تمهيد

تتنوع وسائل الإثبات التي يحكم بها القاضي حسب الظروف وتبعاً لما يتوفر منها إذ أن القاضي قد لا يتوفر لديه ما هو لازم من الوسائل للحكم أولاً، ثم يلجأ إلى البحث عن غيره لكي لا يبقى حائراً أمام الوقائع التي قد يصعب أن يوحد لها ما يثبتها من شهادة العدول، أو الإقرار بها من طرف المدعى عليه - مثلاً .

وكذلك فإنها تتفاوت حسب الأهمية والحجية، فالإقرار سيدها كما يقوله بعضهم، والشهادة أيضاً لها مكانتها من بين الوسائل وكذلك علم القاضي عند بعض، وهناك أيضاً القرائن الواضحة بمختلف أنواعها، والكتابة والتوثيق، والأيمان .

فهذه الطرق - في الجملة - تثبت بها الحقوق عند القاضي وأمرها واضح عند عدم التعارض .

وسيتناول البحث في هذا الفصل الوسائل التي يمكن أن تتعارض سواء

أكان التعارض بين جنس واحد منها كالشهادة مع الشهادة، والإقرار مع الإقرار . . . الخ أم بين جنسين منها كتعارض الشهادة مع علم القاضي، أو مع الإقرار، وكتعارض الإقرار مع القرينة . . . الخ.

وذلك ببيان حكمها وحجيتها وضرب بعض الأمثلة لتعارضها، أما طريقة العمل عند التعارض فأرجئها للفصول ٤ ، ٥ ، ٦ .

ولما كانت الشهادة هي أكثر الوسائل تعارضاً، فإنني أبدأ بها - مستعيناً بالله تعالى - وذلك في المطالب الآتية :

٤ . ١ . ١ تعريف الشهادة لغة واصطلاحاً

أولاً : تعريفها لغة

إن المتتبع لمادة (شهد) يجدها تطلق على عدة معان في اللغة العربية، وأقرب هذه المعاني للمعنى الاصطلاحي للشهادة، الإخبار والحضور والمعاينة قال الجوهري (الشهادة خبر قاطع تقول منه شهد الرجل على كذا . . . والمشاهدة المعاينة، وشهده شهوداً أي حضره فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور وهو في الأصل مصدر - وشُهِدَ أيضاً مثل راعٍ ورَكَع . . .) ^(١) . ومثله ما في المصباح المنير حيث جاء فيه (وشهدت الشيء اطلعت عليه وعاينته فأنا شاهد . . . وشاهدته مشاهدة مثل عاينته معاينة وزنا ومعنى . . . وشهدت المجلس حضرته فأنا شاهد . . .) ^(٢) .

(١) انظر الصحاح له ٢ / ٤٩٤ (شهد) وأنظر القاموس المحيط ١ / ٣١٦ ، ٣١٧ (الشهادة) .

(٢) المصباح المنير ١ / ٣٢٤ (شهد) .

ومن مجئ الشهادة بمعنى الحضور قوله تعالى : ﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾^(١) أي من حضر شهر رمضان وهو مقيم غير مسافر فيجب عليه الصوم^(٢) . وقوله تعالى ﴿وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود﴾^(٣) أي حضور^(٤) .

ثانياً : تعريف الشهادة في الاصطلاح

لم يتفق الفقهاء على تعريف معين للشهادة بل اختلفوا في تعريفها تبعاً لاختلافهم في بعض الأحكام المتعلقة بها ، ولذلك تعددت تعريفاتهم لها وتنوعت وسنقتصر على ما اشتهر من تلك التعريفات مكتفين بتعريف واحد لكل مذهب من المذاهب الأربعة :

أولاً : تعريف الحنفية

عرفوها بأنها (إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء)^(٥) فالحنفية على هذا يشترطون لفظ الشهادة في أدائها فلا يكفي عندهم قول الشاهد : أعلم وأتيقن . . . ونحو ذلك .
وكذلك : يشترطون أن تكون في مجلس القضاء ، لأن الإخبار في غير مجلس القضاء لا يعتبر شهادة عرفاً .

(١) سورة البقرة ، الآية ١٨٥ .

(٢) فتح القدير للشوكاني ١ / ١٨٢ .

(٣) سورة البروج ، الآية ٧ .

(٤) فتح القدير ٥ / ٤١٢ .

(٥) شرح فتح القدير لابن الهمام ٦ / ٢ ، شرح الدر المختار للحصكفي ٢ / ١٦١

مجلة الأحكام العدلية ص ٣٤٠ (المادة ١٣٨٧) .

ثانياً : تعريف المالكية

عرفها بعضهم بأنها (إخبار عدل حاكماً بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه)^(١).

شرح التعريف :

قوله : إخبار عدل : من إضافة المصدر لفاعله و(حاكماً) مفعوله ،
وقوله : (حاكماً) أي أو محكماً .

وقوله : بما علم : أي إخباراً ناشئاً عن علم لا عن ظن أو شك .

وقوله : ولو بأمر عام : وذلك كإعلام العدول برؤيتهم الشهر ، فإن رؤية الشهر أمر عام ، وعلى هذا فلا يشترط التقييد بتقدم دعوى على الشهادة^(٢) .

ثالثاً : تعريف الشافعية

عرفها الرملي من الشافعية بأنها (إخبار عن شيء بلفظ خاص)^(٣) .

رابعاً : تعريف الحنابلة

عرفها الحنابلة بأنها : (إخبار شخص بما علمه بلفظ خاص)^(٤) .

(١) الشرح الصغير للدردير بهامش بلغة السالك ٣٤٨/٢ ، الدسوقي ١٦٤/٤ ،
١٦٥ مواهب الجليل على مختصر خليل ١٥١/٦ .

(٢) ضابط ذلك أن كل أمر لم يتمحض الحق فيه لله فلا بد أن تتقدم الدعوى على
الشهادة فيه ، وأما الأمور التي تمحض الحق فيها لله فلا تتوقف الشهادة فيها
على تقدم دعوى ، لأن الشهادة فيها حسبة فعليه أن يشهد وأن لم يستشهد
(انظر بلغة السالك ٣٤٨/٢) .

(٣) نهاية المحتاج له ٢٧٧/٨ .

(٤) كشف القناع ٣٩٩/٦ .

بالنظر إلى هذه التعريفات نجد أنها تقيد بـ (لفظ خاص) ما عدا تعريف المالكية، وذلك لأن الفقهاء مختلفون في اشتراط أداء الشهادة بلفظها وعدم اشتراطه على قولين :

القول الأول : أنه يشترط لأداء الشهادة أن يكون بلفظها وأن يكون بصيغة المضارع (أشهد) لأنه يدل على الحال ويتضمن المشاهدة والقسم فلا يقبل غيره كأعلم وأتيقن ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة^(١) .
واستدلوا بما يلي :

- أولاً : ما ورد من نصوص القرآن والسنة بلفظ الشهادة ومن تلك النصوص
- أ- قوله تعالى ﴿واشهدوا شهيدين من رجالكم﴾^(٢) .
 - ب- وقوله تعالى ﴿وأشهدوا إذا تباعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾^(٣) .
 - ج- وقوله تعالى ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾^(٤) .
 - د- وقوله تعالى ﴿وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾^(٥) .

(١) شرح فتح القدير لابن الهمام ١١/٦ ، ١٢ ، رد المحتار لابن عابدين ٥/٤٦١ ، ٤٦٢ ، طبعة ثانية ، تصوير دار الفكر ١٣٩٩ هـ ، نهاية المحتاج ٨/٢٧٧ ، المغني ٩/٢١٦ . وأجازها الحنابلة أيضاً بلفظ «شهدت» .

(انظر الروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٧/٥٨٠) .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٣) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٤) سورة البقرة ، الآية ٢٨٣ .

(٥) سورة الطلاق ، الآية ٢ .

هـ- وقوله صلى الله عليه وسلم للسائل : (هل ترى الشمس؟ قال نعم : قال : على مثلها فاشهد أو دع)^(١).

فقالوا إن النصوص وردت بلفظ الشهادة ولو قال أعلم أو أتيقن ونحو ذلك مكانها ، لكان مخالفاً لما نطق به الكتاب والسنة ^(٢).

ثانياً : ومن المعنى فإن لفظ الشهادة يتضمن معاني كثيرة لا تتوفر في غيره ، ففيه زيادة تأكيد لأنه من ألفاظ اليمين ، ولأنه يعني الخبر القاطع والحضور ، وهذه المعاني لا توجد في غيره من الألفاظ ^(٣).

القول الثاني : لا يشترط لأداء الشهادة لفظ معين .

وإليه ذهب المالكية والظاهرية وهو رواية أخرى للحنابلة أيدها شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم ^(٤).

واستدلوا بالنصوص التي ورد فيها لفظ الشهادة مستعملاً لمعان أخرى ، وكذلك بما ورد من التعبير عن الشهادة بألفاظ أخرى .

(١) أخرجه الحاكم في المستدرک عن ابن عباس بلفظ : فقال لي (يا ابن عباس لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذه الشمس وأوماً رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس) وكذلك أخرجه البيهقي بلفظ قريب منه ، وقال الحاكم إنه صحيح الإسناد وقال ابن حجر صححه الحاكم فأخطأ (انظر المستدرک ٩٨/٤ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/١٥٦ ، بلوغ المرام ص ٢٦٠).

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٧٣ ، مجمع الأنهر ٢/١٨٩ .

(٣) المرجعين السابقين ، المغني ٩/٢١٦ ، ٢١٧ .

(٤) حاشية الدسوقي ٤/١٦٥ ، تبصرة الحكام ١/٢٦١ ، المحلى ٩/٤٣٤ ،

مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ١٤/٧٠ ، الطرق الحكيمة ٢٠٢ .

ومن تلك النصوص قوله تعالى : ﴿فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين به﴾^(١).

وقوله عليه الصلاة والسلام : (ألا أنبئكم بأكبر الكبائر ثلاثاً : الإشراف بالله وعقوق الوالدين وشهادة الزور أو قول الزور ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم متكئاً فجلس ، فما زال يكررها حتى قلنا ليته سكت)^(٢).

مع قوله - صلى الله عليه وسلم - (عدلت شهادة الزور بالإشراف بالله)^(٣).

فجاء في النص الشرعي قول الزور مراد فالشهادة الزور ، فالقول والشهادة سواء .

وقد أطلق ابن عباس لفظ الشهادة على مجرد الإخبار فقال : (شهد عندي رجال مرضيون وأرضاهم عندي عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الصلاة بعد الصبح حتى تشرق الشمس وبعد العصر حتى تغرب)^(٤).

(١) سورة الحج ، الآية ٣٠ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأحمد بألفاظ مختلفة (أنظر البخاري مع الفتح ٢٦٤ / ١٢ ، صحيح مسلم ٩١ / ١ ، سنن الترمذي ٣٠٢ / ٤ ، الفتح الرباني ترتيب مسند أحمد ٢٢٣ / ١٥ ، ٢٢٤ .

(٣) أخرجه أبو داود ، والترمذي ، وابن ماجه ، وأحمد من حديث خريم بن فاتك الأسدي بسند صحيح (سنن أبي داود مع بذل المجهول في حل أبي داود ١٥ / ٢٧٨ ، سنن الترمذي ٣٧٥ / ٣ ، سنن ابن ماجه ٧٩٤ / ٢ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢٢٤ / ١٥ .

(٤) أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجه وأحمد واللفظ للبخاري (صحيح البخاري مع فتح الباري ٥٣ / ٢ ، صحيح مسلم ٥٦٧ / ١ ، سنن ابن ماجه ٣٩٦ / ١ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢٩١ / ٢ ، ٢٩٢).

فالشهادة في هذه النصوص لا تختص بالإخبار عن الحق أمام القضاء بل إنها استعملت في معنى الإخبار عامة ^(١).

كما استدلوا بالعقل فقالوا :

إنه كما لا يشترط لفظ (أشهد) عند الدخول في الإسلام فكذلك لا يشترط هذا اللفظ أمام القاضي . ثم إن العبرة في الشهادة بما يدل على حصول العلم من الشاهد ، وذلك يحصل بقوله : إني رأيت ما أخبر به بعيني رأسي وإني متأكد مما أقول ^(٢).

الترجيح

والذي يظهر - والله أعلم - عدم اشتراط لفظ الشهادة في أدائها إذ لم يرد نص صريح بذلك كما قال ابن القيم رحمه الله تعالى (وليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم موضع واحد يدل على اشتراط لفظ الشهادة ولا عن رجل واحد من الصحابة ، ولا قياس ، ولا استنباط يقتضيه ، بل الأدلة المتضافرة من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة ولغة العرب تنفي ذلك) ^(٣).

وما استدل به أصحاب القول الأول من النصوص لا يدل على اشتراط لفظ الشهادة ، بل إن غاية ما تأمر به تلك النصوص إقامة الشهادة وأداؤها ، ولا يستلزم ذلك أن يكون الأداء بلفظ (أشهد) خاصة .

(١) الطرق الحكمية ٢٠٣ .

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٢٦١ ، ٢٦٢ ، المحلى ٩/ ٤٣٤ ، ٤٣٥ ، وسائل الإثبات للزحيلي ١١٠ .

(٣) الطرق الحكمية له ٢٠٢ ، ٢٠٣ .

ونظراً لاختيار القول بعدم اشتراط لفظ معين لأداء الشهادة يكون التعريف المختار من التعريفات السالفة تعريف بعض المالكية لأنه هو وحده الذي لم يشترط لفظاً خاصاً، ولكن لكي يخرج منه الإقرار والدعوى، لا بد من زيادة عبارة (من حق للغير على الغير) فيكون التعريف الصحيح: (إخبار عدل حاكماً بما علم - من حق للغير على الغير - أو بأمر عام ليحكم بمقتضاه). لأن الخبر إما أن يثبت حقاً على قائله لغيره بإقرار، وإما أن يثبت حقاً لقائله على غيره على تقدير ثبوته فدعوى، وإما أن يثبت حقاً لغير قائله على غيره فشهادة.

٤ . ١ . ٢ أدلة مشروعية الشهادة

لقد دل على مشروعية الإثبات بالشهادة الكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

أولاً : الكتاب

أ- قال تعالى ﴿واشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى﴾^(١).

ب- وقال تعالى ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾^(٢). فقد دلت الآيتان على مشروعية الشهادة في المداينة والبيع^(٣).

ج- وقال تعالى ﴿ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾^(٤).

(١) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٨٢.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١ / ٢٤٧ طبعة ثانية، عيسى البابي الحلبي ١٣٨٧ هـ.

(٤) سورة البقرة، الآية ٢٨٣.

فالأية تنهي عن كتمان الشهادة، والنهي عن كتمان الشهادة أمر بأدائها وإقامتها لأن النهي عن الشيء أمر بضده إذا كان له ضد واحد^(١). والأمر بأداء الشهادة دليل على مشروعيتها.

د- وقوله تعالى ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم وكفى بالله حسيباً﴾^(٢).

فقد أمر سبحانه وتعالى الأولياء بالإشهاد حال تسليم الأموال إلى اليتامى بعد البلوغ لحفظ الحقوق وتوثيقها وقطع المنازعات في إنكار القبض والتسليم^(٣).

هـ- وقوله تعالى في الطلاق ﴿فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله﴾^(٤) إلى غير ذلك من الآيات الدالة على مشروعية الشهادة في مختلف الحقوق.

ثانياً: من السنة: ما ورد من الأحاديث الكثيرة في طلب الشهادة وتأديتها عند التنازع والتخاصم . . ومن تلك الأحاديث :

١- قوله صلى الله عليه وسلم : (شاهدك أو يمينه).

(١) المستصفى ٥ / ٢ .

(٢) سورة النساء، الآية ٦ .

(٣) تفسير الطبري ٤ / ١٧٦ ، دار المعرفة ١٣٩٢ هـ، تفسير ابن كثير ١ / ٤٥٤ ،
الجلبي .

(٤) سورة الطلاق، الآية ٢ .

٢- وروى ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الشهادة فقال للسائل هل ترى الشمس؟ قال نعم قال : على مثلها فاشهد أو دع . إلى غير ذلك من الأحاديث الصريحة في مشروعية الشهادة وأنها وسيلة للإثبات أمام القضاء .

ثالثاً : الإجماع : فقد أجمعت الأمة على مشروعية الشهادة وأنها حجة شرعية ، ووسيلة من وسائل الإثبات ^(١) .

رابعاً : المعقول : إن الشهادة ضرورية لحياة الناس ولولا هي لضاعت الحقوق ، وانتهكت الأعراض ، وسفكت الدماء ^(٢) .

٤ . ١ . ٣ حكمة مشروعية الشهادة

أولاً : حكمتها : لقد خلق الله الخلق متباينة أخلاقهم ، وطباعهم متفاضلين في الرزق ، ولذلك كان وقوع الظلم والتخاصم بينهم من سنن الله فيهم ، كما قال الشاعر :

والظلم من شيم النفوس فإن تجد ذاعفة فلعله لا يظلم ^(٣)

فاحتيج للشهادة التي بها تحفظ حقوقهم من الضياع حتى يعيشوا بسعادة ، وأمان على أنفسهم ، وأموالهم ، وأعراضهم التي أمرهم الله سبحانه وتعالى بحفظها ، وهى لهم الوسائل التي منها الإشهاد على الحقوق ، وأوجب أداء الشهادة ، وحرّم كتمانها حتى لا يحصل نزاع أو شقاق .

(١) المبسوط للسرخسي ١١٢/١٦ ، تبصرة الحكام ١/٢٠٥ وما بعدها ، مغنى المحتاج ٤/٤٢٦ ، المغني ٩/١٤٥ ، ١٤٦ ، كشف القناع ٦/٣٩٩ .

(٢) المبسوط ١١٦/١٦ ، معين الحكام ٩٨ ، الفروق ٤/٢٤ ، تبصرة الحكام ١/٢٠٩ ، المغني ٩/٢١٦ .

(٣) ديوان المتنبي ، ص ٥٧١ ، طبعة دار صادر ، بيروت .

قال ابن فرحون (وأما حكمتها فقال ابن راشد ^(١) حكمة مشروعتها صيانة الحقوق) ^(٢). ومن محاسن الشهادة أنها امتثال لأمر الله سبحانه وتعالى في قوله : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ ، إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا ، وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾ ^(٣)، وقوله : ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاٰنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾ ^(٤).

٤ . ١ . ٤ حكم تحمل الشهادة وأدائها

أولاً : حكم التحمل : والمراد بالتحمل ، العلم بالمشهود به أولاً سواء كان باستشهاد أو لا ، وقد يكون فرض عين وقد يكون فرض كفاية .

فيكون فرض عين في حالتين :

الحالة الأولى : أن يكون الرجل في موضع ليس فيه من يحمل ذلك فإنه يتعين الفرض عليه في خاصته ^(٥).

(١) هو محمد بن عبدالله بن راشد البكري ، أبو عبدالله ، فقيه مالكي عارف بالعربية ، ولد بقفصة ، وتعلم بها ، وتولى قضاء هامدة ، له مؤلفات منها (الشهاب الثاقب في شرح مختصر ابن الحاجب) في الفقه وغيره ، كان حياً سنة ٧٣١هـ (الدبيج المذهب ٣٣٤-٣٣٦ ، معجم المؤلفين ١٠/٢١٣).

(٢) تبصرة الأحكام له ١/٢٠٩ .

(٣) سورة النساء ، الآية ١٣٥ .

(٤) سورة المائدة ، الآية ٨ .

(٥) تبصرة الأحكام ١/٢٠٥ .

الحالة الثانية : إذا طلب تحمل الشهادة من شخص بعينه فإنه لا يجوز له الامتناع حينئذ ، إلا إذا كان يلحقه بذلك ضرر ، فإنه لا يلحق بنفسه ضرراً من أجل نفع غيره لقوله تعالى ﴿ولا يضار كاتب ولا شهيد﴾^(١) وللحديث (لا ضرر ولا ضرار)^(٢) . ويدل لوجوب التحمل (في الجملة) ما سيأتي عند الاستدلال لوجوب الأداء .

ثانياً : حكم أداء الشهادة : والمراد به أداء ما علمه الشاهد أو استحفظه وذلك على وجهين :

الوجه الأول : أن يكون المشهود به حقاً لله تعالى ، وهو قسمان :

١ - قسم لا يستدام فيه ارتكاب المحرم كالزنا وشرب الخمر . . . وما أشبه ذلك فهذا لا يجب فيه أداء الشهادة بل الأولى فيه الستر .

٢ - قسم يستدام فيه ارتكاب المحرم كالعتق والطلاق ، والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأعباس - عند عدم المرافعة - فهذا يلزم فيه أداء الشهادة ، والقيام بها عند الحاكم ، لكي لا يتمادى على فعل محرم^(٣) .

الوجه الثاني : أن يكون الشهود به حقاً لآدمي ، فيكون أداء الشهادة فرض كفاية ، إذا قام به من يكفي من الشهود سقط الوجوب عن الآخرين ، وإن لم يقم به من يكفي أو دعي شاهد بعينه ، أو لم يوجد غيره ، أو خيف

(١) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٢) أخرجه مالك في الموطأ عن عمرو بن يحيى عن أبيه مرسلًا ، وأخرجه ابن ماجه موصولاً عن عبادة بن الصامت وأخرجه البيهقي والدارقطني من حديث أبي سعيد الخدري (الموطأ ٢/ ٧٤٥ ، سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٤ ، سنن البيهقي ٦/ ٩٦ ، سنن الدارقطني ٤/ ٢٢٧) .

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٢٠٦ ، ٢٠٧ .

من ضياع الحق ولو لم يدع لها، كان أداء الشهادة فرض عين في هذه الحالات^(١).

ويدل لفرضية أداء الشهادة الكتاب والسنة والإجماع :

أ- أما الكتاب فأيات كثيرة منها :

١- قوله تعالى ﴿ولا يَأْبُ الشَّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا﴾^(٢).

وللمفسرين ثلاثة أقوال في المراد بهذه الآية :

- فذهب بعضهم إلى أن النهي موجه إلى الأشخاص إذا دعو لتحمّل الشهادة، فيكون إطلاق الشهود عليهم مجازاً باعتبار ما سيكون.

ب- وذهب آخرون إلى أنه موجه للشهود إذا ما دعو للقيام بالشهادة التي عندهم.

ج- القول الثالث- ولعله هو الراجح إن شاء الله تعالى- أن الآية الكريمة تحتل المعنيين معاً وهو قول الحسن البصري^(٣) إذ كان يقول (جمعت أمرين : لا تأب إذا كانت عندك شهادة أن تشهد ولا تأب إذا دُعيت إلى شهادة^(٤)).

٢- وقوله تعالى ﴿ولا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾^(٥).

(١) فقه السنة للسيد سابق ٣/ ٤١٨ ، ٤١٩ ، طبعة سابعة ١٤٠٥ هـ، بيروت .

(٢) سورة البقرة، الآية ٢٨٢ .

(٣) الحسن بن أبي الحسن البصري من أكابر أئمة التابعين، كان غزير العلم، شديد الورع فصيح اللسان، لا يخاف في الله لومة لائم. توفي سنة ١١٠ هـ (تقريب التهذيب ١/ ١٦٥، شذرات الذهب ١/ ١٣٦).

(٤) تفسير الطبري ٣/ ٨٤، وانظر الأقوال في تفسير ابن كثير ١/ ٣٣٥، ٣٣٦،

أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٢٥٦ .

(٥) سورة البقرة، الآية ٢٨٣ .

٣- وقوله تعالى ﴿وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ﴾^(١).

٤- وقوله تعالى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ﴾^(٢).

٥- وقوله تعالى ﴿كُونُوا قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاءَ بِالْقِسْطِ﴾^(٣).

فالآيات الأخيرة الثلاث : تأمر بإقامة الشهادة وإقامتها تشمل التحمل والأداء معاً^(٤).

ب - وأما السنة فمنها :

١- قوله صلى الله عليه وسلم (ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها)^(٥).

٢- وعن عبادة بن الصامت رضي الله عنه قال : (بايعنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على السمع والطاعة في العسر واليسر، والمنشط والمكره، وعلى أثرة علينا، وأن لا ننازع الأمر أهله وأن نقوم أو نقول بالحق حيثما كنا، لا نخاف في الله لومة لائم)^(٦).

(١) سورة الطلاق، الآية ٢.

(٢) سورة النساء، الآية ١٣٥.

(٣) سورة المائدة، الآية ٨.

(٤) تفسير ابن كثير ١/ ٥٦٥ ، ٢/ ٣٠ ، ٤/ ٣٧٩.

(٥) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي ومالك وأحمد (صحيح مسلم ٣/ ١٣٤٤ ، سنن أبي داود مع بذل المجهود ١٥/ ٢٧٥ ، وسنن الترمذي ٣/ ٣٧٣ ، الموطأ ٢/ ٧٢٠ ، الفتح الرباني ترتيب مسند أحمد ١٥/ ٢٢١) وكلهم من حديث زيد بن خالد الجهني.

(٦) أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجه وأحمد (صحيح البخاري مع الفتح ١٣/ ١٩٢ ، ١٣/ ٥ صحيح مسلم ٣/ ١٤٧٠ ، سنن ابن ماجه ٢/ ٩٥٧ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢٣/ ٣٧).

فالحديث دليل على وجوب قول الحق ، والقيام به ، ومن القيام بالحق الشهادة سواء أكان ذلك تحملاً أم أداء .

ج - وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على فرضية أداء الشهادة في الجملة ^(١) .

٤ . ١ . ٥ شروط الشهادة

يشترط في الشهادة شروط كثيرة بعضها يتعلق بالشاهد وبعضها يتعلق بالشهادة نفسها وأهم تلك الشروط :

أولاً : الإسلام ، فلا تقبل شهادة الكافر على المسلم ويدل لذلك ما يلي :

١ - قوله تعالى : ﴿وَأَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ﴾ ^(٢) .

والكافر ليس من رجالنا ، ولا ممن نرضاه ^(٣) .

٢ - وقوله ﴿وَأَشْهِدُوا ذُوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ ^(٤) والكافر ليس بذی عدل ^(٥) .

٣ - ولأن الكافر لا يجتنب الكذب فقد أخبر الله سبحانه وتعالى عن الكفار أنهم ينكرون الآيات عناداً ، مع علمهم بأنها حق ، قال تعالى :

(١) حاشية ابن عابدين ٤٦٣/٥ ، البحر الرائق لابن نجيم ٦٢/٧ ، ٦٣ طبعة أولى بالمطبعة العلمية ، معين الحكام للطرابلسي ٦٨ ، تبصرة الحكام ٢٠٥/١ ، المذهب للشيرازي ٣٢٣/٢ ، طبعة ثانية - الحلبي ١٣٧٩ هـ ، المغني ١٤٦/٩ ، كشف القناع ٣٩٩/٦ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٣) المغني ١٨٥/٩ .

(٤) سورة الطلاق ، الآية ٢ .

(٥) المغني ١٨٥/٩ .

﴿وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلماً وعلواً فانظر كيف كان عاقبة
المفسدين﴾^(١)، فكان ذلك كذباً منهم، والكذاب لا تقبل شهادته .
٤ - ولأنه إذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور من المسلمين على آدمي ،
فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله تعالى أولى ^(٢) .

نعم ، يضطر لشهادة الكافر على الوصية في حالة الموت في السفر لقوله
تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية
اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض ،
فأصابتكم مصيبة الموت تحسونها من بعد الصلاة فيقسمان بالله أن ارتبتم لا
نشتري به ثمناً ولو كان ذا قربي ، ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين﴾^(٣) .

فقوله : إن أنتم ضربتم الأرض يدل على اشتراط كون ذلك في السفر ،
حيث لا يوجد مسلم في الغالب فيؤخذ الكافر عوضاً عنه للضرورة في
الشهادة ^(٤) .

ثانياً : البلوغ فلا تقبل شهادة الصبيان لقلة العدالة والضبط فيهم ^(٥) .

وقبلها مالك في الجراح ، وليست شهادة عنده في الحقيقة ، وإنما هي قرينة
حال ولذلك اشترط فيها ألا يتفرقوا قبل الأداء لئلا يلقنوا ، أو يخبوا ^(٦) .

(١) سورة النمل ، الآية ١٤ .

(٢) مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٧ .

(٣) المائدة ١٠٦ .

(٤) أحكام القرآن لابن العربي ٢ / ٧٢٣ .

(٥) شرح فتح القدير ٦ / ٢٨ ، معين الأحكام ٧٠ ، مغنى المحتاج ٤ / ٤٢٧ ، كشف
القناع ٦ / ٤١١ .

(٦) بداية المجتهد ٢ / ٤٩٦ .

ثالثاً: الحرية : وقد اشترطها الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ^(١) ، ولم يشترطها الحنابلة والظاهرية ^(٢) .

رابعاً: العقل : فقد اتفق الفقهاء على أنه لا تصح شهادة فاقد العقل ، لعدم ضبطه ولأنه غير مكلف ^(٣) .

خامساً: العدالة ، ويشترط لها أمران .

الأمر الأول : صلاح الدين ، ويدل على صلاح الدين شيئان :

الشيء الأول : اجتناب المحارم ، وعدم الفسق ، بأن يكون صالح المعتقد لا يرتكب كبيرة ، ولا يدمن على صغيرة .

الشيء الثاني : التحلي بالمروءة ، وهي ترك ما يذم بفعله ، وفعل ما يذم بتركه ، وإن لم يكن محرماً شرعاً ، والأوصاف المخلة بالمروءة مبنية على العرف وتتغير بتغيره ، وقد أشار البهوتي إلى ذلك بقوله (ولا تقبل شهادة من يكشف من بدنه ما العادة تغطيته ككشف رأسه ، أو بطنه ، أو ظهره ، أو صدره في موضع لم تجر العادة بكشفه فيه) ^(٤) .

سادساً: البصر : فقد اشترط الإمام أبو حنيفة ومحمد ^(٥) أن يكون الشاهد

(١) معين الحكام ٧٠ ، بداية المجتهد ٢/ ٤٩٦ ، مغنى المحتاج ٤/ ٤٢٧ .

(٢) كشف القناع ٦/ ٤٢٠ ، المغني ٩/ ١٩٤-١٩٦ ، الطرق الحكمية ١٦٥ ، المحلى ٩/ ٤١٢ .

(٣) معين الحكام ٧٠ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ١٦٥ ، روضة الطالبين للنووي ١١/ ٢٢٢ طبعة المكتب الإسلامي ١٣٩٥ هـ ، كشف القناع ٦/ ٤١١ .

(٤) الرجوع السابق ٦/ ٤١٧ .

(٥) هو محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني بالولاء ، أبو عبد الله ، نشأ بالكوفة ، وصحب أبا حنيفة ، وأخذ عنه الفقه ، ونشر مذهبه ودافع عنه ، من تصانيفه (الجامع الصغير) و(الجامع الكبير) وغيرهما توفي ١٨٩ هـ (الفوائد البهية ١٦٣ ، شذرات الذهب ١/ ٣٢١) .

بصيراً، وقال أبو يوسف ^(١) يشترط البصر في التحمل لا في الأداء ^(٢).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة تقبل شهادة الأعمى في الأقوال إذا تحقق الصوت، ولا تقبل في الأفعال، كما تقبل شهادة الأصم في الأفعال دون الأقوال ^(٣).

ويرى ابن حزم أن شهادة الأعمى مقبولة كالصحيح مطلقاً ^(٤).

سابعاً: النطق فلا تقبل شهادة الأخرس عند الجمهور، ولم يشترط المالكية النطق لأنهم يكتفون بكل صيغة أو لفظ يؤدي معنى الإخبار، والشهادة، والأخرس يؤدي ذلك بالإشارة والكتابة ^(٥).

أما الحنفية والشافعية والحنابلة فإنهم يشترطون لأداء الشهادة لفظها، والأخرس لا يتأتى منه ذلك ^(٦).

ثامناً: انتفاء التهمة، والمراد بالتهمة المشترط انتفاؤها التهمة القوية، كالتهمة اللاحقة بالشاهد لأصوله وفصوله وزوجه، وكمن يجر إلى نفسه بالشهادة نفعاً، مثل الوارث الذي يشهد بجرح مورثه قبل اندماله، لأن

(١) هو يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن خنيس أبو يوسف الأنصاري، لزم أبا حنيفة وغلب عليه الرأي، له فضل في نشر المذهب الحنفي، فقيه مجتهد، ولي قضاء بغداد في خلافة هارون الرشيد، من تصانيفه (الخراج) و(الأمالي) وغيرهما، توفي ١٨٣ هـ، وقيل ١٨٢ هـ (الفوائد البهية ص ٢٢٥، شذرات الذهب ١/ ٢٩٨).

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٨٦.

(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ١٦٧، روضة الطالبين ١١/ ٢٥٩، المغني ٩/ ١٨٩.

(٤) المحلي ٩/ ٤٣٣.

(٥) الخرشبي ٧/ ١٧٩ وبهامشه العدوي دار صادر، بيروت.

(٦) بدائع الصنائع ٦/ ٢٦٨، نهاية المحتاج ٨/ ٢٧٧، المغني ٩/ ١٩٠.

المجروح لو مات ورثه ذلك الشاهد وأخذ الدية ، فكأنه شهد لنفسه ، أو من يدفع عن نفسه ضرراً بالشهادة ، مثل العاقلة الذين يشهدون بأن شهود القتل الخطأ غير عدول لأنهم لو ثبتت الدية بالشهادة لدفعوها فوجدت التهمة . . . إلى غير ذلك مما فيه التهمة كشهادة العدو على عدوه والخصم على خصمه ^(١) .

تاسعاً : اتفاق الشهود فيما شهدوا به فيما يشترط فيه العدد ، فإن حصل اختلاف بينهم لم تقبل شهادتهم ، بأن قال أحد الشاهدين على القتل ، إن المقتول قتله عمرو ، وقال الشاهد الآخر إنما قتله زيد ، إلا إذا كانت الشهادة على إقرار ونحوه من الأقاويل ، وحصل بين الشهود اختلاف في الزمان أو المكان فإنه لا يضر ^(٢) . وسيأتي بيان ذلك في الفصل السابع إن شاء الله تعالى .

٤ . ١ . ٦ في أنواع الشهادات

لابد قبل الشهادة من حصول العلم أو الظن الغالب للشاهد ، قال تعالى ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ ^(٣) ، وقال صلى الله عليه وسلم لابن عباس : «لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضيء هذه الشمس» . وعلى هذا الأساس تنقسم الشهادة باعتبار مستند صاحبها إلى أنواع :

-
- (١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٢ ، بداية المجتهد ٢/ ٤٩٧ ، القوانين الفقهية ٢٠٢ ، ٢٠٣ ، مغنى المحتاج ٤/ ٤٣٢ ، المغني ٩/ ١٩١ - ١٩٣ .
(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٨ .
(٣) سورة يوسف ، الآية ٨١ .

النوع الأول : شهادة القطع ، وهي الناشئة عن مشاهدة ، أو تواتر ، أو عن حكم العقل ، فلمشاهدة كشهادة الشخص بما يدرك بحواسه ، والتواتر كالشهادة بوجود الأمصار ، والأعصار الماضية ، وحكم العقل كالشهادة بالضروريات ، كالشهادة أن الاثنين أكثر من الواحد ^(١) .

النوع الثاني : شهادة السماع ، وهي شهادة الشخص على ما كثر منه سماعه في أزمان مختلفة ويشترط لها :

١ - طول الزمان فلا تقبل فيما كان حديث عهد كشهر أو شهرين - مثلاً .

٢ - السلامة من الريب ، فإن شهد اثنان بالسماع ، وفي القبيلة مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئاً عن ذلك لم تقبل شهادتهما إلا أن يكون علم ذلك فاشياً فيهم .

٣ - ألا يسموا المسموع منهم ، وإلا كان نقل شهادة .

٤ - أن يشهد بذلك اثنان فصاعداً .

وشهادة السماع أضعف من شهادة القطع ، ولذلك لا ينتزع بها من يد حائز ، وإنما ينتفع بها الحائز . وكذلك لا بد معها من يمين الشهود له لاحتمال أن يكون أصل السماع من شاهد واحد والشاهد الواحد لا بد معه من اليمين ^(٢) .

ومجالها أضيق من مجال شهادة القطع لأن شهادة القطع تتناول جميع الأمور ، وأما ما تتناوله شهادة السماع فقد اتفق الفقهاء على اعتبارها في النسب ، والولادة ، والموت ^(٣) .

(١) تبصرة الحكام ١/ ٢٠٤ ، ٢٠٥ .

(٢) المرجع السابق ١/ ٣٤٧ ، ٣٤٨ ، البهجة في شرح التحفة ١/ ١٣٧ وما بعدها .

(٣) مجمع الأنهر ٢/ ١٩٢ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٤٩ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٤٨ ، المغني ٩/ ١٦١ .

وقال أبو حنيفة تقبل في النكاح أيضاً، وقال أبو يوسف : تقبل في الولاء مع ما تقدم^(١).

وقال المالكية والحنابلة وبعض الشافعية تقبل في غير الجنايات والحدود^(٢).

وقال بعض الشافعية لا تقبل في العتق والولاء والزوجية والوقف^(٣).

النوع الثالث : الشهادة على الشهادة : وتقبل في المال وما يقصده به المال إجماعاً^(٤) واختلف في قبولها في الحدود :

- فلم يقبلها فيها أبو حنيفة وأحمد^(٥).

- وقبلها مالك والشافعي في قول^(٦).

ومن شروطها :

١- تعذر وجود شاهدي الأصل لموتهما، أو تعسره كغيبتها البعيدة أو مرضهما.

٢- أن ينقل عن كل أصل اثنان ليس أحدهما أصلاً.

٣- ألا يكذب الأصل الفرع قبل الحكم.

٤- ألا يطرأ مانع من قبول شهادة الأصل قبل أداء الفرع كالفسق والعداوة.

٥- أن يعين شاهد الفرع شاهدي الأصل ويسمييهما.

(١) المبسوط ١٥١/١٦ ، ١٥٢ .

(٢) تبصرة الحكام ٣٤٩/١ ، المغني ١٦١/٩ ، مغني المحتاج ٤٤٨/٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) بدائع الصنائع ٢٨١/٦ ، تبصرة الحكام ٣٥٣/١ ، مغني المحتاج ٤٥٣/٤ ، المغني ٢٠٦/٩ .

(٥) بدائع الصنائع ٢٨١/٦ ، المغني ٢٠٦/٩ .

(٦) تبصرة الحكام ٣٥٣/١ ، مغني المحتاج ٤٥٣/٤ .

٦- أن يسترعي شاهد الأصل شاهد الفرع ، فيقول له أشهد على شهادتي
أني أشهد على كذا الخ^(١) .

النوع الرابع : الشهادة على الخط ، ومستندها مزيج بين العقل والحس
فالحس يدرك الكتابة في وقت مزاولة صاحبها لها فيرتسم في العقل تمثال
لذلك الخط ، كما ترتسم فيه تماثيل الأشخاص والأعيان فإذا رأى بعد ذلك
خطا قارنه بالتمثال المرتسم في ذهنه لخط فلان ، فحكم بتساويهما ، فبذلك
يشهد أن هذا الخط خط فلان ، ولو لم يره وقت كتابته^(٢) .

وتنقسم الشهادة على الخط إلى ثلاثة أقسام :

١- شهادة الشاهد على خط نفسه إذا نسي الواقعة ولم يتذكرها بالكتابة ،
وقد اختلف العلماء عندئذ في جواز الأداء^(٣) .

٢- الشهادة على خط المقر .

٣- الشهادة على خط الشاهد الذي تعذر أدائه لموته أو غيبته أو مرضه ويشترط
لها ما يشترط للشهادة على الشهادة .

واختلف هل تلزم اليمين مع القسمين الأخيرين ، وهل يشترط مع
الشهادة على الخط الشهادة على أن صاحب الخط يعرف عين من سمى في
الوثيقة^(٤) .

(١) المغني ٢٠٧/٩ ، ٢٠٩ .

(٢) تبصرة الحكام ٣٥٦/١ ، ٣٥٧ .

(٣) تبصرة الحكام ٣٦٤/١ ، المغني ١٦٠/٩ .

(٤) تبصرة الحكام ٣٥٨/١ .

وبهذا يتبين أن الأنواع المذكورة أقواها شهادة القطع وأن شهادة السماع أضعف منها ، لما تقدم من أنها لا تنقل من يد الحائز ، وأنه لا بد معها من اليمين ، ولضيق مجال استعمالها .

- أما الشهادة على الشهادة فتتبع الشهادة الأولى قطعاً كانت أو سماعاً . ولما يشترط لها من شروط زائدة على شهادة الأصل فهي أضعف منها ، والشهادة على الخط أضعف هذه الأنواع للاختلاف في قبولها أصلاً .

٤ . ١ . ٧ أمثلة متنوعة للتعارض بين الشهادات

تقدمت الشروط التي اشترطها الفقهاء لقبول الشهادة فإذا أقام المدعي البينة على المدعى عليه واستوفت الشهادة شروطها الشرعية حكم له بمقتضاها ، وهذا إذا لم يوجد إلا مدع واحد لأن الأصل أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه - ولا إشكال في ذلك .

لكن محل الإشكال إذا وجد مدعيان وأقام كل منهما بينة على دعواه ، وحصل التعارض بين البينتين فماذا يكون الحال ؟ أنتوقف عن الحكم ؟ أم نحكم بالحق للمدعين جميعاً ؟ أم نحكم به لأحدهما ؟ .

أمثلة على ذلك :

١ - إذا تداعى زيد وعمرو ربعا فقال زيد إنه له وجاء بشاهدين يشهدان له بذلك . وفي الوقت نفسه قال عمرو إنه له وجاء بشاهدين يشهدان له بذلك فهنا تعارضت الشهاداتتان لأن كل واحدة منهما تنفي ما تثبته الأخرى .

والطرفان في هذه الحالة كلاهما مدع لأنهما متساويان في قوة الجانب ، فالعين ليست بيد واحد منهما ليقوى بها جانبه ، والشهادات متوفرة فيها الشروط فتعادلت .

٢- ادعيا عينا وهي بيد ثالث لا يدعيها وأقام كل منهما بينة على أنها له ، ففي هذه الحالة أيضاً حصل التعارض بين البيتين .

٣- مثال ثالث : يكون فيه أحدهما مدعياً والآخر مدعى عليه وفي الوقت نفسه تتعارض بيتهما :

إذا ادعيا عينا هي بيد واحد منهما وأقام كل منهما بينة على أنها له وليست للآخر فهنا أيضاً تعارضت البيئات إلا أن صاحب اليد مدعى عليه ، والذي ليست العين في يده مدع .

ويسمى من هي في يده (الداخل) ، ومن ليست العين في يده يطلقون عليه (الخارج)^(١) .

٤- مثال رابع : إذا اختلف الزوجان في قدر المهر المسمى فادعى الزوج أنه تزوج المرأة بألف ، وادعت المرأة أنه تزوجها بألفين وأقام كل منهما البينة على صحة ما ادعى فالبيتان متعارضتان أيضاً^(٢) .

تلك بعض الأمثلة على وقوع التعارض بين البيتين . أما طريقة العمل عند تعارضهما فسيأتي الكلام عليها في الفصل (٤ ، ٥ ، ٦) إن شاء الله تعالى .

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/٥٧ .

(٢) ملجأ القضاة عند تعارض البيئات لغانم البغدادي مخطوطة رقم ١٢٩ اللوحة ٧٣ بمكتبة جامعة الإمام .

٤ . ٢ علم القاضي

وتم تقسيمه إلى الآتي :

- بيان الخلاف في حكم قضاء القاضي بمجرد علمه - بإيجاز .
- تعارض علم القاضي مع غيره من البيانات .

تمهيد

إذا علم القاضي بحقيقة الحادثة المنشورة أمامه بأن سمع الفاظ المقر خارج مجلس القضاء ، أو سمع ألفاظ الطلاق ، أو رأى الإتلاف أو القتل فهل يعتمد على علمه ذلك في الحكم؟ أو لا يعتمد إلا على وسائل الإثبات الأخرى وإذا قيل بالجواز ، فهل يشترط أن يكون العلم حصل له بعد توليه القضاء لا قبله؟ وهل لابد أن يكون حصل له في مكان ولايته لا خارجه .

وإذا تعارض علمه مع غيره من البيانات - فما الحكم؟ .

- يجاب عن ذلك في المطلبين الآتين :

٤ . ٢ . ١ بيان الخلاف في حكم قضاء القاضي بمجرد علمه

تعددت آراء الفقهاء ورواياتهم في حكم قضاء القاضي بعلمه ويمكن حصر تلك الآراء في ثلاثة أقوال :

القول الأول : إن القاضي لا يقضي بمجرد علمه مطلقاً لا في حد من الحدود ولا في حق من الحقوق الأخرى ، ولو كان اكتسبه في مكان ولايته وبعد توليه القضاء .

وإليه ذهب مالك وأكثر أصحابه وهو قول للشافعية رجحه الغزالي ورواية عن أحمد هي ظاهر المذهب^(١).

ويؤكد التسولي إطلاق عدم الجواز بقوله :

(فلا يحكم بما علمه قبل ولايته ولا بما علمه بعدها ، وقبل جلوسه للحكومة أو بعد الجلوس)^(٢).

ويؤكد ابن عبد البر^(٣) أنه لا فرق بين الحدود وغيرها بقوله :

(ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا في حق من الحقوق)^(٤).

- وفي الوجيز (وإنما يقضي بالحجة ولا يقضي بعلمه على أصح القولين ، لكن إن علم فسق الشاهد أو كذبه توقف عن القضاء ، ويغنيه علمه بعدالة الشهود عن المزكين ، ويقضي على من أقر في مجلس القضاء دون من أقر عنده سرّاً)^(٥).

(١) البهجة في شرح التحفة ١/ ٤١ ، تبصرة الحكام ٢/ ٣٠ ، الوجيز في فقه الإمام الشافعي للغزالي ٢/ ٢٤١ مطبعة حوش قدم بالغورية ، مغني المحتاج ٤/ ٣٩٨ ، المحرر في الفقه للمجد ٢/ ٢٠٦ مطبعة السنة المحمدية ١٣٩٦ هـ ، المغني ٩/ ٥٣ .

(٢) البهجة في شرح التحفة ١/ ٤١ .

(٣) هو يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر النمري الحافظ ، شيخ علماء الأندلس ، كان عالماً بالحديث والأثر والفقه ، والنسب ، له كتب كثيرة من أشهرها (التمهيد) و(الاستذكار) و(الاستيعاب) توفي ٤٦٣ هـ (الديباج المذهب ٣٥٧ - ٣٥٩ ترتيب المدارك ٤/ ٨٠٨) .

(٤) الكافي له ٢/ ٩٥٧ تحقيق محمد أحمد الموريتاني طبعة أولى ١٣٩٨ هـ مكتبة الرياض الحديثة .

(٥) الوجيز للغزالي ٢/ ١٤٥ .

- ويقول ابن قدامة (ظاهر المذهب إن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره، لا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها)^(١).

واستدل أصحاب هذا القول بأحاديث وآثار كثيرة - نقتصر على أهمها وأوضحها دلالة فمن ذلك :

١ - ما رواه ابن عباس - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في المرأة التي كانت تظهر في الإسلام السوء : (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها)^(٢).

وجه الدلالة منه : أن النبي صلى الله عليه وسلم علم وقوع الزنا من المرأة ولم يرحمها لعدم قيام البينة على زناها فدل ذلك على عدم جواز قضاء القاضي بمجرد علمه^(٣).

٢ - ما روته عائشة - رضي الله عنها (أن النبي صلى الله عليه وسلم - بعث أبا جهم^(٤) على صدقة فلاحه رجل في فريضة فوقع بينها شجاج فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم - فأخبروه فأعطاهم الأرش ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : إني خاطب الناس ومخبرهم أنكم قد رضيتم ، أرضيتم؟ قالوا نعم فصعد رسول الله صلى الله عليه وسلم - المنبر فخطب الناس

(١) المغني له ٥٣ / ٩ .

(٢) أخرجه البخاري ومسلم وابن ماجه من حديث ابن عباس (صحيح البخاري مع فتح الباري ٩ / ٤٤٥ ، ٤٦١ ، صحيح مسلم ٢ / ١١٣٤ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٥ الحديث رقم ٢٥٥٩) .

(٣) الفروق ٤ / ٤٥ ، من طرق الإثبات ١٢٩ .

(٤) هو أبو جهم بن حذيفة بن غانم القرشي العدوي اسمه عامر وقيل عبيد بالتصغير ، يروى أنه أسلم يوم الفتح ، كان من معمرى قريش ومشيوخهم توفي في آخر خلافة معاوية (الإصابة ٤ / ٣٦ ، الاستيعاب ٤ / ٣٢) .

وذكر القصة وقال : أَرْضَيْتُمْ؟ قالوا : لا . فهم بهم المهاجرون ، فنزل رسول الله صلى الله عليه وسلم - فأعطاهم ، ثم صعد المنبر فخطب ثم قال : أَرْضَيْتُمْ قالوا نعم^(١) .

وجه الدلالة منه : علمه صلى الله عليه وسلم - برضي الناس في المرة الأولى ولم يحكم عليهم به ، فدل على أن القاضي لا يعتمد على علمه في الحكم^(٢) .
٣- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال في قضية تنازع الحضرمي والكندي (شاهدك أو يمينه)^(٣) .

وجه الدلالة منه : أنه حصر الإثبات في الشاهدين أو اليمين ، فدل على أن علم القاضي لا يجوز القضاء به لأنه ليس واحداً منهما^(٤) .
٤- ما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال لعبدالرحمن بن عوف - رضي الله عنه - لو رأيت رجلاً على حدزنا أو سرقة وأنت أمير؟ فقال شهادتك شهادة رجل من المسلمين ، قال : صدقت^(٥) .

(١) أخرجه أبوداود وابن ماجه والنسائي وأحمد من حديث عائشة ورجاله رجال الصحيح (سنن أبي داود مع بذل المجهود ١٨ / ٥٤ - ٥٦ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٨٨١ ، سنن النسائي ٨ / ٣٥ ، الفتح الرباني ترتيب مسند أحمد ١٦ / ٣٧ ، نيل الأوطار ٨ / ١٩٥) .

(٢) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢ / ٥٠٤ طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ١٣٩٠ هـ ، الفروق ٤ / ٤٤ ، المغني ٩ / ٥٥ .

(٣) حديث صحيح سبق تخريجه في ص . . .

(٤) الفروق ٤ / ٤٤ ، من طرق الإثبات ١٢٩ .

(٥) أخرجه البخاري معلقاً وكذلك البيهقي في سننه وقال إنه منقطع ، وقال ابن حجر (إن السند الذي ذكره به البخاري منقطع لكنه وصله الشوري عن عبدالكريم الجزري عن عكرمة عن عمر أنه قال لعبدالرحمن) ، (فتح الباري مع صحيح البخاري ١٣ / ١٥٨ ، ١٥٩ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١٤٤ ، شرح السنة للبغوي ١٠ / ١٠٦ ، المحلى لابن حزم ٩ / ٤٢٧) .

٥ - وأما من جهة المعنى فللتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي قال القرافي (إن الحاكم غير معصوم فيتهم بالقضاء بعلمه ، فعمل المحكوم له ولي ، أو المحكوم عليه عدو ، ولا نعلم نحن ذلك ، فحسمنا المادة صونا لمنصب القضاء عن التهم^(١) .

القول الثاني : إن القاضي يقضي بعلمه مطلقاً .

وإليه ذهب بعض الشافعية ورواية للحنابلة وهو مذهب الظاهرية^(٢) .

جاء في أدب القضاء لابن أبي الدم ما نصه :

أما القضاء بالعلم الذي انفرد به هل يقضي به ؟ . فيه قولان : (أصحهما عند البغوي^(٣) نعم ، قال وهو اختيار المزني^(٤) قال الربيع^(٥) كان الشافعي يرى القضاء بالعلم لكنه لا يفتي به خوفاً من قضاة السوء) .

(١) الفروق له ٤ / ٤٥ ، واطر بداية المجتهد ٢ / ٥٠٤ ، المغني ٩ / ٥٥ .

(٢) مغني المحتاج ٤ / ٣٩٨ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ١٥٧ - تحقيق الزحيلي طبعة دار الفكر ، المذهب ٢ / ٣٠٤ ، المحرر في الفقه ٢ / ٢٠٦ ، المغني ٩ / ٥٣ المحلى ٩ / ٤٢٦ .

(٣) هو الحسين بن مسعود بن محمد الفراء محي السنة ، كنيته أبو محمد ، ويعرف بالفراء الشافعي ، مفسر ومحدث له تصانيف كثيرة منها (معالم التنزيل) ، (شرح السنة) توفي ٥١٦ هـ (معجم المؤلفين ٤ / ٦١ ، الشذرات ٤ / ٤٨) .

(٤) هو إسماعيل بن يحيى بن إسماعيل أبو إبراهيم المزني صاحب الإمام الشافعي ، وناصر مذهبه ، كان زاهداً عالماً حسن الكلام في النظر توفي ٢٦٤ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١ / ٥٨ ، شذرات الذهب ٢ / ١٤٨) .

(٥) هو الربيع بن سليمان بن عبد الجبار المرادي ، مولاهم ، إمام فقيه ، محدث صاحب الشافعي وخادمه وراوي كتبه ، قال عنه الشافعي : ما في القوم أنفع لي منه ، توفي ٢٧٠ هـ وقيل ٢٧٣ هـ . (طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ١ / ٦٥ ، شذرات الذهب ٢ / ١٥٩) .

ونقل المجد^(١) روايات ثلاثاً عن أحمد فقال :

(وأما حكمه بعلمه في غير ذلك - أي في غير البيعة والإقرار في مجلسه - فلا يجوز في الأشهر عنه ، وعنه جوازه ، وعنه يجوز إلا في الحدود)^(٢) .

وقال ابن حزم مؤكداً جوازه بدون استثناء :

(وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء ، والقصاص ، والأموال ، والفروج والحدود ، وسواء علم ذلك قبل ولايته أو بعد ولايته ، وأقوى ما حكم به علمه لأنه يقين الحق)^(٣) .

واستدلوا بأدلة منها :

أولاً : قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ إِنْ يَكُنْ غَنِيًّا أَوْ فَقِيرًا فَاللَّهُ أَوْلَىٰ بِهِمَا فَلَا تَتَّبِعُوا الْهَوَىٰ أَنْ تَعْدِلُوا وَإِنْ تَلَوْا أَوْ تَعْرَضُوا فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرًا﴾^(٤) .

ووجه الدلالة : من الآية أن الله أمر المؤمنين عامة بالقوامة بالقسط ، والحاكم من جملتهم وليس من القسط أن يعلم الحاكم أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم ويترك كلاهما على حاله^(٥) .

(١) هو مجد الدين ، أبو البركات ، عبد السلام بن عبد الله بن الخضر بن محمد بن تيمية الحراني ، شارك في تصنيف المسودة مع ابنه (شهاب الدين) وحفيده تقي الدين ، وله أيضاً (المحرر في الفقه) توفي ٦٥٢ هـ وقيل ٦٥٣ هـ (شذرات الذهب ٢٥٧/٥ ، مختصر طبقات الحنابلة ٤٩ ، ٥٠) .

(٢) المحرر له ٢٠٦/٢ .

(٣) المحلى له ٤٢٦/٩ .

(٤) سورة النساء ، الآية ١٣٥ .

(٥) الفروق ٤/٤٥ ، المحلى ٩/٤٢٩ ، من طرق الإثبات ١٣٠/١٣١ .

ثانياً : أن النبي صلى الله عليه وسلم لما شكت إليه هند زوجها أبا سفيان قال لها عليه الصلاة والسلام (خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف)^(١) .

ووجه الدلالة منه : حكمه لها دون أن يسمع خصمها ودون أن يسمع البينة ، فدل على أن القاضي يقضي بعلمه^(٢) .

ثالثاً : من العقل : فإنه إذا كان له أن يحكم بقول الشاهد الذي هو مضمون ، فأحرى أن يحكم بما تحققه وقطع به من علمه الخاص^(٣) .

القول الثالث : أنه يقضي بعلمه إلا في الحدود وإليه ذهب الحنفية ، وهو قول للشافعية ، ورواية للحنبلة^(٤) وفصل أبو حنيفة كذلك في العلم الذي يقضي به القاضي فقال :

يقضي بعلمه الذي علمه في القضاء وفي مكانه ، ولا يقضي بعلمه الذي علمه قبل القضاء وفي غير مكان القضاء .

جاء في بدائع الصنائع : (فإن قضى بعلم استفاده في زمن القضاء وفي مكانه بأن سمع رجلاً أقر لرجل بمال ، أو سمعه يطلق امرأته ، أو يعتق عبده ، أو يقذف رجلاً أو رآه يقتل إنساناً ، وهو قاض في البلدة التي قلد قضاءها

(١) أخرجه البخاري ، ومسلم ، وأبوداود ، والنسائي ، وابن ماجه بألفاظ متقاربة (صحيح البخاري مع الفتح ٤ / ٤٠٥ ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٨ ، سنن أبي داود ١٥ / ٢١٤ ، سنن النسائي ٨ / ٢٤٦ ، ٢٤٧ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٧٦٩) .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٥٠٤ ، المغني ٩ / ٥٤ .

(٣) مغني المحتاج ٤ / ٣٩٨ ، المغني ٩ / ٥٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٧ / ٥ ، ٧ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٣٢ ، المهذب ٢ / ٣٠٤ ، مغني المحتاج ٤ / ٣٩٨ ، المحرر في الفقه ٢ / ٢٠٦ .

جاز قضاؤه عندنا ولا يجوز قضاؤه به في الحدود الخالصة بلا خلاف بين أصحابنا إلا أنه في السرقة يقضي بالمال لا بالقطع^(١).

واستدلوا على جواز قضاء القاضي بعلمه في غير الحدود، بما استدل به أصحاب القول بالجواز مطلقاً، واستدلوا على عدم الجواز في الحدود بأدلة أخرى منها :

١ - قوله صلى الله عليه وسلم في المرأة التي كانت تظهر السوء (لو كنت راجماً أحداً بغير بينة لرجمتها)^(٢) فقالوا إن هذا الحديث أفاد منع القاضي من القضاء بعلمه في الزنا، وعدوا هذا الحكم إلى سائر الحدود الخالصة لله تعالى بجامع أن كلاً فيه حق لله وحقوق الله مبينة على المسامحة^(٣).

٢ - بما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : (ادروا الحدود بالشبهات)^(٤) وقالوا إن علم القاضي فيه شبهة لأنه لا يورث الاطمئنان عند الجميع وخاصة فيما يتعلق بحق الله الذي تطالب به الكافة، لذا لم يجز للقاضي أن يقضي بمجرد علمه في هذا النوع من الحقوق^(٥).

(١) الكاساني ٦/٧ ، ٧ .

(٢) سبق تخريجه في ص ٩٠ .

(٣) من طرق الإثبات ١٣٢ ، ١٣٣ .

(٤) أخرجه الترمذي بلفظ (ادروا الحدود عن المسلمين ما استطعتم)، وابن ماجه بلفظ : (ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعاً) قال الترمذي وقد روى نحو هذا غير واحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم قالوا مثل ذلك، وذكره الشوكاني بهذا اللفظ (ادروا الحدود بالشبهات) وقال إنه روى من عدة طرق (سنن الترمذي ٢/٤٣٨ ، سنن ابن ماجه ٢/٨٥٠ ، نيل الأوطار ٧/٢٧٢) .

(٥) بدائع الصنائع ٧/٧ ، وانظر من طرق الإثبات ١٣٣ .

٣- ما روي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه أنه قال : (لو رأيت رجلاً على حد لم أحده حتى تقوم البينة عندي)^(١) ووجه الاستدلال منه أنه علق الحد على قيام البينة، ولو كان رأى بعينه ما يوجب الحد، فدل على أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود^(٢).

واستدل أبو حنيفة لتخصيص العلم بزمان الولاية ومكانها بالقياس على الشهادة لأن ما سمعه من الشهود قبل الولاية أو في غير مصرها، لا يحكم به فكذلك ما علمه قبل الولاية أو في غير مصرها^(٣).

هذا ولم تسلم أدلة الأقوال الثلاثة من مناقشات واعتراضات إلا أنني أغفلتها، وفاء بوعدني بالإيجاز، ومراعاة للاختصار.

الترجيح : الراجح - والله أعلم - القول بمنع قضاء القاضي بعلمه مطلقاً سداً للذرائع لا سيما في هذا الزمان الذي ابتعد فيه أغلب الناس عن جادة طريق الحق، ويندر أن يخلو زمان من قضاة سوء وقريباً نقلنا قول الربيع ونعيد نقله ثانية وهو أن الشافعي كان يرى القضاء بالعلم ولا يبوح به مخافة قضاة السوء^(٤).

ويقول ابن القيم (وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه لوجب منع قضاة الزمان من ذلك)^(٥).

(١) رواه البيهقي في سننه وقال إنه منقطع، وقال الحافظ بن حجر في الفتح (رواه ابن شهاب عن زيد بن الصلت أن أبابكر . . . الخ) فذكره وصحح إسناده.
(السنن الكبرى للبيهقي ١٠/ ١٤٤، فتح الباري ١٣/ ١٦٠، المحلى ٩/ ٤٢٨،
نيل الأوطار ٩/ ١٩٦).

(٢) المهذب ٢/ ٣٠٤، المغني ٩/ ٥٥.

(٣) بدائع الصنائع ٧/ ٧.

(٤) مغني المحتاج ٤/ ٣٩٩.

(٥) الطرق الحكمية له ١٩٩.

وإذا كان الأمر كذلك في عصر الشافعي - رضي الله عنه - ثم في عصر ابن القيم - رحمه الله تعالى - فكيف بك في عصرنا الحاضر؟ .

٤ . ٢ . ٢ تعارض علم القاضي مع غيره من البينات

ذكرت أن الراجح هو القول بعدم جواز اعتماد القاضي في قضائه على علمه وأنه لا بد من وسائل الإثبات المعروفة المحسوسة التي تثبت الحق لديه . ولكن : إذا كان القاضي لا يقضي بعلمه ، فهل يجوز له القضاء بخلاف علمه؟ .

- وتوضيح ذلك أن وسائل الإثبات من شهادة وغيرها ، قد تشهد بما يتعارض مع ما علمه القاضي إذ قد يرى القاضي واقعة بعينه فيعلم محتواها وتفصيلها ، وعند ما يحضر لديه المختصمان في تلك الواقعة ، تشهد البيئة للمدعي بخلاف ما علمه القاضي ورآه معاينة .

أمثلة على ذلك :

١ - لو شهدت بيئة أن زيدا قتل عمراً ، والقاضي يعلم علم اليقين أن خالداً هو الذي قتل عمراً .

٢ - ولو شهدت على إقرار زيد بمال لعمرو وقد علم القاضي أن عمراً ابرأ زيدا أو استوفى هذا المال منه .

٣ - أو شهدت بزوجية اثنين والقاضي يعلم أن بينهما محرمية أو طلاقاً بائناً . يرى الفقهاء - رحمهم الله تعالى - أن القاضي في هذه الحالات ونحوها لا يقضي بتلك البيئة المخالفة لعلمه ، وعليه يكون القاضي لا يقضي اعتماداً منه على علمه ولا يقضي بخلاف علمه - أيضاً - في الوقت نفسه . وهذا يدل على أن القاضي لا بد أن يقتنع بالبيئة قبل الحكم بموجبها ولو

توفرت شروطها وانتفت موانعها ، فلا يقضي بها إذا كانت متعارضة مع علمه ، وقد حكى كثير من الفقهاء الإجماع على ذلك :

قال النووي ^(١) - في معرض الحديث عن قضاء القاضي بعلمه - (ولا يقضي بخلاف علمه بالإجماع) ^(٢) .

وقال ابن رشد ^(٣) في حديثه عن هذا الموضوع :

(. . . .) وذلك أن العلماء أجمعوا على أن القاضي يقضي بعمله في التعديل والجرح وأنه إذا شهد الشهود بضد علمه لم يقض به) ^(٤) .

ويقول ابن فرحون (وإذا شهد عند القاضي شهود عدول بما يعلم هو خلافه ، فلا يحل له أن يسمع منهم ، ولا يقضي بشهادتهم ، ويدفع الخصمين عن نفسه ، ويكون شاهداً عند من يتحاكمان إليه) ^(٥) .

(١) هو أبوزكريا محي الدين بن يحيى بن شرف النووي ولد في (نوى) وتعلم في دمشق كان فقيهاً محدثاً ، تتلمذ عليه الكثير ، ويعتبر أستاذ المتأخرين من علماء الشافعية ، تصانيفه كثيرة منها : (المنهاج) و(الروضة) وشرح صحيح مسلم وغيرها توفي ٦٧٦ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ١٥٣ / ٢ ، شذرات الذهب ٣٥٤ / ٥) .

(٢) مغنى المحتاج ٣٩٨ / ٤ .

(٣) هو محمد بن أحمد أبو الوليد بن رشد المالكي والشهير بابن رشد الحفيد ، فقيه فيلسوف طبيب ، أندلسي ، قرطبي ، تصانيفه كثيرة منها (بداية المجتهد ونهاية المقتصد) و(تهافت التهافت في الفلسفة) وغيرهما توفي ٥٩٥ هـ (الديباج المذهب ٢٨٥) .

(٤) بداية المجتهد له ٥٠٣ / ٢ .

(٥) تبصرة الحكام له ٢٤٨ / ١ .

ويقول ابن أبي الدم^(١) (وكذلك لا يقضي بخلاف علمه بلا خلاف)^(٢).
لكن الماوردي^(٣) حكى وجهاً آخر عند الشافعية بأن القاضي يحكم بالشهادة المخالفة لعلمه ، فاعترض بذلك على نقل النووي وغيره للإجماع على خلافه ، فأجاب الشرييني^(٤) عن الاعتراض بأن الأوجه في المذهب لا تقدر في الإجماع على الراجع^(٥).

ويرى ابن المواز^(٦) من المالكية أن القاضي إذا شهد عنده العدول بشيء ، وهو يعلم أن الذي شهدوا به باطل ، فلا يجوز رد شهادتهم بل إنه ينفذها بعد الانتظار اليسير^(٧) ، ولم يعبأ الذين نقلوا الإجماع من المالكية بمخالفة ابن المواز للجماهير منهم^(٨).

(١) هو إبراهيم بن عبدالله بن عبد المنعم ، القاضي شهاب الدين أبو اسحاق الهمداني بإسكان الميم ، المعروف بابن أبي الدم ولي قضاء حماه بعد أن تفقه في بغداد ، كان إماماً في المذهب الشافعي من مؤلفاته (أدب القضاء) و(شرح مشكل الوسيط) وغيرهما توفي ٦٤٢ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ٩٩ / ٢ ، شذرات الذهب ٥ / ٢١٣).

(٢) أدب القضاء له ١٥٧ .

(٣) هو علي بن محمد بن حبيب أبو الحسين الماوردي البصري الشافعي له مؤلفات كثيرة من أشهرها (الخواوي) و(الأحكام السلطانية) و(أدب القاضي) توفي ٤٥٠ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ١ / ٢٣٠ ، شذرات الذهب ٣ / ٢٨٥).

(٤) هو محمد بن أحمد الشرييني القاهري المعروف بالخطيب الشرييني ، شمس الدين فقيه شافعي ، مفسر ، نحوي ، من تصانيفه (مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي) وغيره كثير توفي ٩٧٧ هـ (شذرات الذهب ٨ / ٣٨٤ ، الأعلام ٦ / ٦) .
(٥) مغني المحتاج ٤ / ٣٩٨ .

(٦) هو محمد بن إبراهيم بن زياد الاسكندري المعروف بابن المواز ، تفقه على يد ابن الماجشون ، وانتهت إليه رئاسة المذهب المالكي في عصره ، من مؤلفاته كتابه المشهور (بالموازية) توفي ٢٦٩ ، وقيل ٢٨١ (الديباج المذهب ٢٣٢ ، ٢٣٣) .

(٧) تبصرة الحكام ١ / ٢٤٩ .

(٨) بداية المجتهد ٢ / ٥٠٣ .

والذي يظهر - والله اعلم - أن القاضي في حالة تعارض علمه مع غيره من البيّنات ، لا يحكم بواحد منها ، بل إنه يرفع الأمر إلى غيره ، ويؤدي شهادته فيه .

لما تقدم من الإجماع الذي نقله غير واحد على عدم جواز قضاء القاضي بخلاف علمه . ولأن القاضي في هذه الحالة لا يخلو من أحد احتمالين :
الاحتمال الأول : أن يقضي بالبيّنة المخالفة لعلمه ولو قضى بها لكان قاطعاً ببطلان حكمه ، والحكم بالباطل محرم^(١٢) .

الاحتمال الثاني : أن يقضي بعلمه المخالف للبيّنة ، والقضاء بمجرد العلم الذي لا تعارضه بيّنة أخرى مرجوح ، فمن باب أولى ألا يجوز قضاؤه بعلمه الذي شهد الشهود ضده .

(١٢) مغنى المحتاج ٤/ ٣٩٨ ، قواعد ابن رجب ١٢٢ .

٤ . ٣ . الإقرار

وتم تقسيمه إلى خمسة مطالب وهي كالتالي :

- تعريف الإقرار .
- حجية الإقرار ، ومجال استعماله .
- اجتماع الإقرار مع الشهادة في الإثبات .
- تعارض الإقرار مع الشهادة .
- تعارض الإقرار مع إقرار آخر .

٤ . ٣ . ١ تعريف الإقرار لغة واصطلاحاً

أ - تعريفه لغة

جاء في لسان العرب لابن منظور (والإقرار الإذعان للحق والاعتراف به ، أقر بالحق أي اعترف به ، وقد قرره عليه ، وقرره غيره بالحق حتى أقر)^(١) .

ومثله ما ذكره الرازي حيث قال : (وأقر بالحق اعترف به ، وقرره غيره بالحق حتى أقر به)^(٢) .

وجمعه القياسي أقرير على وزن فعاليل لقول ابن مالك^(٣) :

-
- (١) لسان العرب ٣/ ٥٥ (قرر)، وانظر القاموس المحيط ٢/ ١٢٠ (القر) :
(٢) مختار الصحاح له ٥٢٩ (قر)، وانظر المصباح المنير ٦٨٢ .
(٣) هو محمد بن عبدالله بن مالك ، جمال الدين ، أبو عبدالله الطائي الجبالي (نسبة إلى جيان من بلاد الأندلس) كان حجة في العربية شافعي المذهب سكن الشام ، له تصانيف منها (كتاب التسهيل) و(الكافية) و(الألفية) وغيرها توفي ٦٧٢ هـ (شذرات الذهب ٥/ ٣٣٩ ، والأعلام ٦/ ٢٣٣) .

وبفعاليل وشبهه انطقا في جمع ما فوق الثلاثة ارتقا^(١)

ب - تعريفه اصطلاحاً

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريفهم للإقرار تبعاً لاختلافهم في مسائل جزئية، من أحكامه :

١ - فعرفه جمهور فقهاء الحنفية بأنه (إخبار عن ثبوت حق للغير على نفسه)^(٢).

٢ - وعرفه المالكية بأنه (خبر يوجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه)^(٣).

٣ - وعرفه الشافعية بأنه (إخبار عن حق ثابت على المخبر)^(٤).

٤ - كما عرفه الحنابلة بأنه (إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابة، أو إشارة أخرس، أو على موكله أو موليه، أو مورثه بما يمكن صدقه)^(٥).

وزاد ابن مفلح (وليس بإنشاء)^(٦) محترزاً بذلك مما يراه بعض الفقهاء من أن الإقرار إخبار من وجه وإنشاء من وجه^(٧).

(١) ألفية ابن مالك مع شرح الأشموني لها، ومعه الشواهد للعيني ٢ / ٤٥٤ طبعة الحلبي وشركاه.

(٢) فتح القدير ٦ / ٢٧٩، تبين الحقائق ٥ / ٢.

(٣) الخرشي وبهامشه العدوي ٦ / ٨٦، ٨٧، البهجة في شرح التحفة ٢ / ٣١٧، تبصرة الحكام ٢ / ٣٩.

(٤) مغنى المحتاج ٢ / ٢٣٨، نهاية المحتاج ٥ / ٦٤، ٦٥.

(٥) كشاف القناع ٦ / ٤٤٨.

(٦) المبدع له ١ / ٢٩٤.

(٧) حاشية ابن عابدين ٥ / ٥٨٨ - ٥٩٠.

- وكل التعريفات أخرجت الدعوى لأن الحق المخبر به في الدعوى ليس على المخبر، إذ يدعي أنه له لا عليه.

- وكذلك أخرجت الشهادة لأن الحق المخبر به فيها ليس على المخبر، وإنما هو للغير على الغير.

وللإقرار أربعة^(١) أركان أساسية أشارت إليها التعريفات المذكورة إما تصريحاً أو ضمناً :

الأول : المقر، وهو الشخص الذي يخبر بحق عليه لآخر، ويشترط أن يكون مكلفاً رشيداً.

الثاني : المقر له وهو صاحب الحق المقر به ويشترط أن يكون أهلاً للاستحقاق وأن لا يكذب المقر.

الثالث : المقر به وهو الحق الذي أخبر عنه المقر، ويشمل الحق المذكور كل ما يثبت للشخص أو يسقط عنه، من دين وعين وحقوق أخرى : كالعفو عن القصاص، والإبراء والطلاق . . . إلى غير ذلك من الحقوق وسواء أكانت من حقوق الله تعالى أم من حقوق العباد، وسواء أكان الحق إيجابياً كأن يقر بأن عليه لزيد ديناً، أم سلبياً كأن يقر بأنه لا حق له على فلان، أو بأنه أسقط دينه الذي عليه^(٢).

الرابع : الصيغة وهي اللفظ، أو ما يقوم مقامه، مما يدل على الإخبار بثبوت الحق للغير على النفس^(٣).

(١) تبصرة الحكام ٢/ ٣٩-٤٢، مغني المحتاج ٢/ ٢٣٨.

(٢) مختصر خليل ٢١٩-٢٢١ طبعة دار الفكر ١٤٠١ هـ.

(٣) تبصرة الحكام ٢/ ٣٩، ٤٠.

٤ . ٣ . ٢ حجية الإقرار ومجال استعماله

الإقرار هو الفيصل الحاسم في إنهاء النزاع أمام القاضي لأن المدعى عليه إذا أقر بالحق المدعى انقطع النزاع، وأعفي المدعي عن عبء الإثبات، ولذا وصف الإقرار بأنه سيد الأدلة، واعتبرته الشريعة الإسلامية وسيلة من أقوى وسائل الإثبات، ودل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع والمعقول. أ- الكتاب : لقد وردت آيات قرآنية كثيرة تدل على اعتبار الإقرار منها :

١ - قوله تعالى ﴿وإذا أخذنا ميثاقكم لا تسفكون دماءكم ولا تخرجون أنفسكم من دياركم ثم أقررتم وأنتم تشهدون﴾^(١).

٢ - وقال تعالى : ﴿وإذا أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال أقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا قال فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين﴾^(٢).

٣ - وقال تعالى ﴿يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم﴾^(٣).

والشهادة على النفس إقرار بالحقوق .

(١) سورة البقرة، الآية ٨٤ .

(٢) سورة آل عمران، الآية ٨١ .

(٣) سورة النساء، الآية ١٣٥ .

ب - وأما السنة فمناها :

١ - ما ثبت من أنه عليه الصلاة والسلام أمر برجم ماعز لما أقر على نفسه عنده بالزنا^(١).

٢ - كما رجم صلى الله عليه وسلم المرأة الغامدية باعترافها بالزنا^(٢).

٣ - وقال صلى الله عليه وسلم في حديث العسيف :

(واغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها)^(٣).

ج - وأجمع فقهاء المسلمين على أن الإقرار حجة، إذ عمل به الصحابة، وأئمة المذاهب من زمن سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم، حتى يومنا هذا، ولم يخالف في ذلك أحد^(٤).

(١) حديث ماعز أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه وأحمد (صحيح البخاري مع الفتح ١٢/١٢١، صحيح مسلم ٣/١٣١٨، سنن الترمذي ٢/٤٤٠، سنن أبي داود مع بذل المجهود ١٧/٣٧٤، سنن ابن ماجه ٢/٣٥٤، الفتح الرباني ترتيب السند ١٦/٨٥، ٨٦).

(٢) حديث الغامدية أخرجه مسلم ومالك وأحمد والترمذي وأبو داود وابن ماجه (صحيح مسلم ٣/٢٢١، الموطأ ٢/٨٢١، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٦/٩٥، سنن الترمذي ٢/٤٤٥، سنن أبي داود مع بذل المجهود ٧/٣٩٨، سنن ابن ماجه ٢/٨٥٤).

(٣) أخرجه الجماعة (صحيح البخاري مع الفتح ٥/٣٠١، صحيح مسلم ٣/٢٤١٣، الموطأ ٢/٨٢٢، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٦/٨٤، سنن الترمذي ٢/٤٤٣، سنن أبي داود مع بذل المجهود ١٧/٤٠٢، سنن النسائي ٨/١٤١، سنن ابن ماجه ٢/٨٥٢).

(٤) تكملة فتح القدير ٦/٢٨١، بلغة السالك ٢/١٩٠، مغني المحتاج ٢/٢٣٨، المغني ٩/١٤٩.

د- ومن العقل : فإن العاقل لا يقر على نفسه بشيء ضار بنفسه أو ماله إلا إذا كان صادقاً فيه، فكانت جهة الصدق في الإقرار راجحة على جهة الكذب، فوجب قبوله والعمل به ^(١).

أما مجال استعمال الإقرار فإنه أضيق من مجال استعمال الشهادة، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على نفس المقر لا يتعداه إلى غيره لأن المقر لا ولاية له إلا على نفسه فيسري كلامه عليه دون سواه ^(٢).

أما الشهادة فإنها حجة متعدية وكذلك الكتابة والقرائن لأن الأمر الثابت بأحد هذه الوسائل الأخرى يكون ثابتاً وواقعاً بالنسبة إلى جميع الناس، ومن جهة أخرى فإن الإقرار لا يفتقر إلى القضاء فينفذ في حق المقر وحده، أما البينات الأخرى فإنها تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فتتعدى إلى الكل ^(٣) وذلك لا ينافي كون الإقرار سيد الأدلة وأنه أقوى من الشهادة، يقول القاضي زادة ^(٤) : بعد أن ذكر تعدي الشهادة وقصور الإقرار (واعلم أن هذا لا ينافي ما ذكرنا أن الإقرار حجة شرعية فوق الشهادة بناء على انتفاء التهمة فيه، لأن القوة والضعف وراء التعدية والاقتصار، فاتصاف الإقرار بالاقتصار على

(١) تكملة فتح القدير ٦ / ٢٨١ .

(٢) الأصول القضائية لقراءة ٦٧ .

(٣) تكملة فتح القدير ٦ / ٢٨٢ ، وسائل الإثبات للزحيلي ٧٤٦ ، ٧٤٨ .

(٤) أحمد بن بدر الدين شمس الدين المشتهر بقاضي زادة، تولى القضاء في حلب وغيرها، عالم جليل إلا أن فيه حدة تزيد على المعتاد، من مصنفاته (شرح الهداية من أول كتاب الوكالة إلى آخر الكتاب) وغيره توفي ٩٨٨ هـ (شذرات الذهب ٨ / ٤١٤ ، ٤١٥ ، معجم المؤلفين ٢ / ١٧١).

نفس المقر والشهادة بالتعددية إلى الغير لا ينافي اتصافه بالقوة واتصافها بالضعف بالنسبة إليه بناء على انتفاء التهمة فيه دونها^(١) .

أمثلة على كون الإقرار حجة قاصرة على المقر نفسه ولا يتعداه إلى غيره :

١- لو أقر مجهول النسب بالرق لزم إقراره على نفسه وماله ولا يسري على أولاده^(٢) .

٢- إذا أقر أحد الورثة بدين على الميت أو نسب ، فإن إقراره يلزم في نصيبه من التركة ولا يتعداه إلى أنصاء بقية الورثة .

٣- إذا أقر بدين مشترك : عليه وعلى غيره ، فإن إقراره ينفذ على نفسه فقط فيؤاخذ به في ماله ولا يسري على شريكه ما لم يصدقه أو يأذن له^(٣) .

٤ . ٣ . ٣ اجتماع الإقرار مع الشهادة في الإثبات

إذا قامت الشهادة على أمر من الأمور وأقر الشهود عليه بذلك الأمر فإنه لا يخلو من أحد احتمالين :

الاحتمال الأول : أن يكون المقر به حقاً لله تعالى .

الاحتمال الثاني : أن يكون المقر به من حقوق العباد .

وعلى كلا الاحتمالين فيما أن يستمر المقر على إقراره أو يرجع عن إقراره وسيأتي بيان تلك الحالتين في النقطتين الآتيتين :

(١) تكملة فتح القدير له ٢٨٢ / ٦ .

(٢) الأصول القضائية لعلي قراءة ٦٧ .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٧٤٦ .

أولاً : إذا كان المقر به حقاً لله وفي هذه الحالة يجوز للمقر الرجوع عن إقراره فيسقط الحق عنه لأن حقوق الله سبحانه وتعالى مبنية على التسامح فيطلب فيها الستر والتوبة ، فإذا استمر المقر على إقراره الموافق لما شهد به الشهود فإن الحكم يطبق عليه طبقاً لإقراره الموافق للشهادة ، ويعدى الحكم إلى غيره بالشهادة إن كان فيها زيادة على الإقرار وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر لا يتعداه إلى غيره والشهادة حجة متعدية^(١) .

أما إذا قامت عليه البينة بموجب الحد . . . وأقر ثم رجع عن إقراره فقد اختلف العلماء في ذلك :-

١ - فذهب الإمام مالك وأحمد ومحمد بن الحسن إلى أنه يقام عليه الحد ولا عبرة لرجوعه سواء صدر الإقرار منه قبل شهادة الشهود أو بعدها ، لأن الشهادة قامت عليه بشرطها فوجب الحد كما لو لم يعترف أصلاً ولأن وجود الإقرار يؤكد البينة ويدل على صدقها ولو حصل الرجوع عنه فلا يمكن أن يجعل وجود الإقرار مسقطاً للبينة ولا مضعفاً لها^(٢) .

٢ - وذهب بعض الحنفية إلى أن الإقرار إذا اجتمع مع الشهادة ثم رجع المقر عن إقراره لم يجب عليه الحد ، لأن إقراره قد انتفى بالرجوع والشهادة لا اعتبار لها في حالة وجود الإقرار ، لأنها لا يصار إليها إلا عند الإنكار . وهو غير موجود أصلاً^(٣) .

(١) المراجع السابقة .

(٢) المنتقى للباجي ١٤٣/٧ ، طبعة أولى - دار السعادة بمصر ١٣٣٢هـ ، المغني ٩/٤٧ ، تبين الحقائق ٣/١٦٧ .

(١) المراجع السابقة ، البحر الرائق ٨/٥ .

٣- وذهب الشافعية في المشهور من مذهبهم إلى التفصيل في ذلك : فقالوا إنه إذا ثبت الحد بالبينة وأقر المشهود عليه بعد ذلك ثم رجع عن إقراره فإن رجوعه لا يسقط الحد الثابت بالبينة لأننا لو أسقطنا عنه الحد الثابت بالبينة ، بسبب رجوعه عن إقراره لكان الإقرار ذريعة لإسقاط العقوبات ، فيلجأ من ثبت عليه الحد بالبينة إلى الإقرار ثم يرجع عنه ليسقط الحد وهكذا .

... وهذا يتنافى مع روح التشريع وحكمته .

- أما إذا كان أقر أولاً ثم قامت البينة على ما أقر به فرجع عن الإقرار ، فللشافعية رأيان في هذه الحالة :

١- الرأي الأول : أن رجوعه لا يسقط عنه الحد لبقاء حجة البينة فهو كما لو شهد عليه ثمانية بالزنا فردت شهادة أربعة منهم فإنه يقام عليه الحد لبقاء النصاب من الشهود .

٢- الرأي الثاني : أن الحد يسقط عنه برجوعه لأن البينة لا أثر لها بعد وجود الإقرار ، والإقرار قد بطل بالرجوع عنه ^(١) .

والراجع والله أعلم ما ذهب إليه أصحاب القول الأول من لزوم الحد بالشهادة ولو كان المقر رجع عن إقراره ، سواء صدر الإقرار منه قبل شهادة الشهود أو بعدها لأن الشهادة وسيلة لإثبات الحد بإجماع علماء المسلمين ^(٢) .

(١) نهاية المحتاج ٧/ ٤١٠ ، وانظر لكل الأقول النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود للدكتور عبد الله الركبان طبعة أولى ١٤٠ هـ مؤسسة الرسالة ، ج ٢ ، ص ص ١٣٣ ، ١٣٤ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣/ ٢٨٠ ط دار الكتاب العربي ، بيروت ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥/ ٣ ، طبعة مصورة عن طبعة دار الكتب ١٣٨٧ هـ ، الدر المنثور في التفسير بالمأثور للسيوطي ٥/ ٢٠ ، ٢١ ، الناشر محمد أمين وشركاه ، بيروت ، زاد المسير في علم التفسير لابن الجوزي ٢/ ٣٤ طبعة أولى ١٣٨٤ هـ المكتب الإسلامي .

وحصول الإقرار معها يؤيدها ويؤكد صحتها، ولو اعتبرنا وجود الإقرار مع الشهادة، ثم الرجوع عنه مسقطاً لها، لتذرع بذلك أصحاب الجرائم لإسقاط الحدود، فلا يقام حد أبداً.

ثانياً : إذا كان المقر به حقاً لآدمي

إذا كان الشيء المقر به حقاً من حقوق العباد فليس للمقر الرجوع عن إقراره ولو رجع لم يفده الرجوع شيئاً لأن حقوق العباد مبنية على الضيق والمشاحة فلا تسقط عن المقر بها ولو رجع عن الإقرار إذا كان الإقرار قد حصل بشروطه .

ولكن الشيء الذي يحصل كثيراً في الدعاوى هو أن المدعى عليه ينكر الدعوى فتطلب البينة من المدعي على دعواه وبعد أن يقيمها يقر المدعي عليه بالحق المدعى . . فإذا حصل ذلك فبأي شيء يقضى على المدعى عليه؟ أيقضى عليه بالبينة أم يقضى عليه بالإقرار؟

- ذهب بعض الفقهاء إلى أنه يقضى عليه بالإقرار :

١ - لأن البينة إنما يلجأ إليها عند عدم الإقرار فحيث وجد لم تكن لها حاجة فلا يلتفت إليها .

٢ - ولأن الإقرار حجة بنفسه والبينة لا تكون حجة إلا باتصال القضاء بها فهو أقوى منها والعمل بالأقوى واجب .

- وقال آخرون يقضى عليه بالبينة :

١ - لأنه بمجرد إنكاره وإقامة البينة عليه استحق المدعي الحكم عليه ببينته فلا يبطل الحق السابق بالإقرار اللاحق .

٢- ولأن زيادة التعدي الثابتة بالشهادة حق للمدعي فلا يسقطها الإقرار^(١). ولعل هذا هو الراجح- والله أعلم- لأن الشهادة حجة شرعية بالاتفاق فكلما كانت فيها فائدة زائدة على الإقرار فإنها تقبل، ولأن في عدم العمل بها في هذه الحالة إضاعة حق بالنسبة لغير المقر، ويظهر ذلك في المثالين الآتين :

١- إذا أقر أحد الورثة بدين لآخر على الميت فيجوز للمقر له أن يقيم الشهادة على هذا الدين ليتعدى الحكم إلى بقية الورثة .

٢- إذا أقر المشتري المستحق مشتراه بالاستحقاق، فإن الشهادة تقبل من المستحق ليتمكن من الرجوع على البائع لأن الإقرار حجة قاصرة ولو أقيمت البينة أمكنه ذلك لأنها حجة متعدية^(٢).

٤ . ٣ . ٤ تعارض الإقرار مع الشهادة ... والأمثلة على ذلك

كثيراً ما يتفق الإقرار مع الشهادة- كما مر قريباً- لأن الخصومة طرفاها مدع ومدعى عليه- في الغالب- وعندما يحضران لدى القاضي فإنه لا بد أن يتثبت من أمرهما ويميز المدعي منهما من المدعى عليه، ولا يتأكد ذلك لديه إلا بحصول الدعوى من أحدهما وإنكار الآخر الذي هو المدعى عليه، ولو أقر انقطعت الخصومة ولذلك فإن إقراره بمثابة بينة المدعي، ومن هنا كان الإقرار والبينة لصالحه وأصبح تعارضهما من النادر لأنهما لصالح طرف واحد والتعارض إنما يكثر وقوعه بين بينتين كل واحدة منهما لصالح طرف .

(١) الأصول القضائية لعللي قراة ١٤٣ ، ١٤٤ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٢٩ ، حاشية ابن عابدين ٥ / ٥٨٧ ، طرق القضاء

لأحمد إبراهيم إبراهيم ٢٢٤ المطبعة السلفية ، مصر .

- ولم أقف على ضابط معين يرجع إليه في حالة حصول التعارض بين الشهادة والإقرار إلا أن الفقهاء يذكرون في ثانياً بحثهم لبابي الإقرار والشهادة بعض الأمثلة والافتراضات التي قد ينطبق عليها أنها من باب تعارض الشهادة مع الإقرار لكنه تعارض من وجه واتفاق من وجه آخر، ويمكن التعبير عنه بأنه اختلاف بينهما من بعض الوجوه، ولهم على ذلك أمثلة كثيرة، خاصة في مبحث وصل الإقرار بما يفسده ثم تتعارض الشهادة مع ذلك المفسد، وإليك بعضاً من تلك الأمثلة :

١- لو أقر شخص أنه قتل آخر، لكنه وصل إقراره بما يفسده بأن قال : قتلت فلاناً لأنه أراد قتلي ولم أقدر على دفعه عن نفسي، فجاء شاهدان يشهدان أنه قتله ظلماً وعدواناً، فالإقرار والشهادة متفقان من وجه، وهو حصول القتل لكنهما مختلفان من وجه آخر، هو نوع القتل، فالإقرار يفيد أنه من باب دفع الصائل وأن دم المقتول هدر، والشاهدان يفيدان أنه من باب قتل العمد ففيه القصاص .

وفي هذه الحالة يحكم بشهادة الشهود ولا عبرة بوصل الإقرار بما يفسده لأن الشهادة وحدها تكفي لإثبات موجب القصاص شرعاً، فلم يطلها الإقرار المذكور .

٢- وكذلك لو قال كان لفلان علي مائة دينار وقد قضيته إياها، فجاء فلان هذا بشاهدين يشهدان على أنهما سمعا إقراره بها له وأنه لم يقضه إياها^(١) وفي هذه الحالة يعمل بالشهادة أيضاً .

(١) المحلى ٨ / ٢٥٠ (المسألة ١٣٧٨) .

٣- مثال آخر (مغاير) : لو أن رجلاً أقر بقتل رجل خطأ وقامت البينة به على رجل آخر ، ففي هذه الحالة تعارض الإقرار مع الشهادة فيمن حصل منه القتل والفيصل في ذلك دعوى الولي فتلزم الدية من ادعى الولي أنه القاتل منهما .

ولكن لو ادعى الولي اشتراكهما في القتل الخطأ فقد ذكر السرخسي في هذه الحالة أن للولي على المقر نصف الدية ولا شيء له على الآخر ، لأن المقر قد أقر بديته كاملة حين زعم أنه انفرد بالقتل وقد صدقه الولي في النصف حين زعم أنهما اشتركا في القتل ، وتصديق المقر في بعض ما أقر به صحيح ، أما الآخر فإن الشهود شهدوا عليه بدية كاملة لكن الولي لم يدع عليه إلا نصف الدية ، والشهادة بأكثر مما ادعاه المدعي لا تكون مقبولة ، لأنه صار مكذباً لشهوده في بعض ما شهدوا به ، وتكذيب المدعي شهوده يبطل شهادتهم ، وصار مكذباً للمقر أيضاً في بعض ما أقر به ولكن تكذيب المدعي للمقر في البعض لا يمنعه من التصديق في البعض الآخر ^(١) .

٤ . ٣ . ٥ تعارض الإقرار مع إقرار آخر

تقدم أن الإقرار إذا حصل متوفرة شروطه فإنه يحكم به على المقر نفسه ، ولا يتعداه إلى غيره ولكن هذا الإقرار قد تعثر به أمور كثيرة تمنع العمل به أو تضعفه ، فقد يرجع المقر عن إقراره فيلغى الإقرار إذا كان المقر به حقاً لله تعالى ، وقد يوصل الإقرار بما يغيره كأن يقول المقر : كان لفلان علي كذا إلا أنني قضيته إياه ونحو ذلك ، وقد يتعارض الإقرار مع الشهادة فيعمل بها ويلغى الإقرار أو العكس - حسب ظروف الواقعة .

(١) المبسوط للسرخسي ١٨ / ١٢٥ ، ١٢٦ .

- وقد يتعارض الإقراران - أيضاً - مع أن الأصل في الإقرار أن يصدر من شخص واحد فيحكم عليه بمقتضاه .

وذلك التعارض إما أن يكون بين إقرارين صادرين من شخص واحد أو بين إقرارين صادرين من شخصين ، وهذه المسألة - كسابقتهما - لم يعقد لها الفقهاء عنواناً خاصاً بها ، إلا أنهم يذكرون أمثلة وافتراضات في ثنايا كتاب الإقرار يستنتج منها أن الأقاير قد تتعارض فيما بينها ، وإن لم يسموه تعارضاً ، والحكم في ذلك يختلف تبعاً لاختلاف الوقائع والأقاير ، وحسب إمكان الجمع بينهما وعدم إمكانه .

وهنا أصول لابد من وضعها في الاعتبار منها :

- أن الأصل معاملة الإنسان بإقراره على نفسه فيما أقر به^(١) .
- وأن تكرير الإقرار لا يقتضي تعدد المقر به لأن الإقرار إخبار كما إذا أقر لزيد يوم السبت بألف وأقر له يوم الأحد بألف ، لم يلزمه إلا ألف واحدة .
- إلا إذا عرض ما يمنع الجمع والتنزيل على واحد ، فحينئذ يحكم بالمغايرة كأن أقر يوم السبت بألف من ثمن سيارة ، ويوم الأحد بألف من ثمن بضاعة أخرى فإنه تلزمه الألفان ، لأنه عرض ما يمنع التنزيل على واحد ، فاعتبرت المغايرة الموجودة بين المثلين^(٢) .
- وكذلك لو أقر الوارث بدين يستغرق التركة ثم أقر بمثله لآخر في مجلس آخر لم يشارك الثاني الأول ، وإن كانا في مجلس واحد تشاركا كما لو أقر لهما معاً بلفظ واحد كما ذكره غير واحد من فقهاء الحنابلة^(٣) .

(١) قواعد الكرخي ١١٢ .

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي بحاشية المجموع شرح المذهب للنووي ٩٧/١١ .

(٣) انظر المحرر في الفقه ٤١٣/٢ ، ٤١٤ ، المقنع ٣٨٦/٤ ، كتاب الفروع ٦/٦٣٠ .

تعارض الإقرارين الصادرين من شخصين

وتصوير المسألة : دار في يد رجل أقر وقال هذه الدار لفلان ، فأقر فلان المقر له بالدار لرجل آخر بأن قال : ما كانت هذه الدار لي قط ولكنها لفلان يريد به رجلاً آخر .

والحكم في هذا النوع من التعارض أن المقر له الثاني يثبت له ما أقر له به المقر الثاني إذا لم يكذبه .

ومثال ذلك أيضاً : إذا أقر شخص لآخر بقوله : لك في ذمتي كذا درهماً ، وقال الآخر : هذا المبلغ ليس لي وإنما هو لفلان وصدقه ذلك ، يكون المبلغ له ^(١) .

(١) شرح المجلة للأتاسي ٤/ ٥٦١ المادة ١٥٩٠ ، مطبعة حمص ١٣٥٣ هـ .

٤ . ٤ القرائن

وتم تقسيمها إلى خمسة مطالب وهي كما يلي :

- تعريف القرينة .
- أنواع القرائن .
- أدلة العمل بالقرينة وحكمة مشروعيتها .
- تعارض القرائن مع غيرها من وسائل الإثبات .
- تعارض القرائن فيما بينها .

٤ . ٤ . ١ تعريف القرينة لغة واصطلاحاً

١ - تعريفها لغة

يقول ابن فارس (القاف والراء والنون أصلاً صحيحان، أحدهما يدل على جمع شيء إلى شيء والآخر شيء ينتأ بقوة وشدة) ^(١) .

وفي الصحاح (قرنت الشيء بالشيء وصلته به . . . وقارنته قرانا صاحبتة) ^(٢) .

وعلى هذا : فالقرينة من المقارنة بمعنى المصاحبة ، وهي مؤنث القرين ، وعلى وزن فعيلة ^(٣) .

(١) معجم مقاييس اللغة له ٧٦ / ٥ (قرن) .

(٢) الصحاح ٢١٨١ / ٦ (قرن) .

(٣) التعريفات للجرجاني ١٨٢ .

٢ - تعريفها اصطلاحاً

لم يعتن الفقهاء القدامى ، بتعريف القرينة تعريفاً كاملاً ، وإنما اعتبروها بمعنى الأمانة أي مرادفة لها .

والأمانة عرفها الجرجاني ^(١) بأنها (لغة العلامة واصطلاحاً هي التي يلزم من العلم بها الظن بوجود المدلول كالغيم بالنسبة للمطر فإنه يلزم من العلم به الظن بوجود المطر) ^(٢) وعرف القرينة بأنها (أمر يشير إلى المطلوب) ^(٣) وتوسع ابن القيم أكثر من ذلك فذكر أن (البينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمانة متقاربة في المعنى . . .) ^(٤) .

ولعل السبب في عدم اعتناء القدامى بتعريفها أنهم لم يفردوها بالبحث ، أو لوضوحها عندهم ، إلا أن الفقهاء المحدثين عرفوها بتعريفات منها :

١ - ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية من (أن القرينة القاطعة هي الأمانة البالغة حد اليقين) ^(٥) .

(١) هو علي بن السيد محمد بن علي الجرجاني ، أبو الحسن المشهور بالسيد الشريف حنفي محقق ، كان فصيح العبارة دقيق الإشارة ، له مؤلفات كثيرة منها : (حاشية شرح مختصر ابن الحاجب) وكتابه (التعريفات) توفي ٨١٦ هـ (القواعد البهية ١٢٥ ، الجواهر المضيئة ٤ / ١٧٠) .

(٢) التعريفات له ٣٧ .

(٣) المرجع السابق ١٨٢ .

(٤) الطرق الحكمية له ١٢ .

(٥) المجلة مع شرحها للأتاسي ٥ / ٣٩٠ المادة (١٧٤١) .

٢- وعرفها الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنها : (كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه)^(١) ، والتعريفان لم يخرجوا القرينة عن كونها الأمانة الظاهرة ، ثم إن تعريف المجلة قاصر على القرينة القاطعة .

ولعل تعريف الزرقاء أنسب لشموله لجميع أنواع القرائن المعتبرة ولو أضيف إليه (نفيّاً أو إثباتاً) لكان أشمل .

فيصبح التعريف المختار : (القرينة كل أمانة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه نفيّاً أو إثباتاً) .

فتدل عليه نفيّاً : كأن تدل على أن الحق المتنازع فيه ليس لفلان .

أو إثباتاً : كأن تدل على أنه له - مثلاً .

٤ . ٤ . ٢ أنواع القرائن

تتنوع القرائن إلى عدة أنواع باعتبارات مختلفة ، فتتقسم حسب قوتها وضعفها إلى ثلاثة أقسام ، كما تنقسم بحسب مصدرها كذلك أيضاً إلى ثلاثة أقسام :

أولاً : أقسام القرائن حسب القوة والضعف

إن المتتبع لأنواع القرائن باعتبار قوتها وضعفها يجد أن لها طرفين وبينهما واسطة :

(١) المدخل الفقهي العام له ٩١٨/٢ مطبعة طربين - دمشق ١٣٨٧ هـ .

١ - الطرف الأول : وهو أقوى أنواع القرائن ويسمى القرائن القاطعة والقرائن القوية ، وهذا النوع يعتبر دليلاً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر يقويه ، ومثاله : ما جاء في قصة يوسف من الاستدلال بقد القميص من دبر على كذب المرأة وذلك في قول الله تعالى :

﴿وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم﴾^(١) يقول الشنقيطي^(٢) : (يفهم من هذه الآية لزوم الحكم بالقرائن الواضحة الدالة على صدق أحد الخصمين وكذب الآخر لأن ذكر الله لهذه القصة في معرض تسليم الاستدلال بتلك القرينة على براءة يوسف يدل على أن الحكم بمثل ذلك حق وصواب لأن كون القميص مشقوقاً من جهة دبره دليل واضح على أنه هارب عنها وهي تنوشه من خلفه)^(٣) .

٢ - الطرف الآخر وهو أضعف أنواع القرائن ويسمونه القرينة الكاذبة أو المتوهمه فهي مجرد احتمال وشك لا يعول عليها في الإثبات ومثالها : وجود الدم على قميص يوسف مع سلامة القميص من التمزيق والتئيب ولذلك قال الله تعالى حكاية عن يعقوب ﴿بل سولت لكم أنفسكم

(١) سورة يوسف ، الآيات ٢٦-٢٨ .

(٢) هو محمد الأمين بن محمد المختار الجكني اليعقوبي نسباً ، الشنقيطي إقليماً ، المفسر الفقيه الأصولي النحوي ، تعلم على مشايخ بلده ، له مؤلفات منها (أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن) وغيره توفي ١٣٩٣ هـ (عن بعض تلاميذه) .

(٣) أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن له ٦٩ / ٣ طبعة الأمير احمد عبدالعزيز ١٤٠٣ هـ .

أمراً^(١) فالدم قرينة لكن يعقوب عليه السلام أبطلها بقرينة أقوى منها وهي عدم شق القميص ، إذروي أنه قال : سبحانه الله ، متى كان الذئب حليماً كيساً يقتل يوسف ولا يشق قميصه^(٢) .

وكاليد إذا قارنها دليل أو قرينة أقوى منها ، كمن وجد يحمل عمامة وعلى رأسه عمامة ، وآخر يعدو وراءه حاسر الرأس ولا عادة له في ذلك ، فلا عبرة بقرينة يد الخاطف لضعفها إزاء القرينة الأخرى^(٣) .

٣- أما الواسطة بين الطرفين فهي قرائن ليست في مرتبة القطعية ولا هي نازلة إلى مرتبة القرائن المتوهممة ، وهذا النوع من القرائن يكون دليلاً مرجحاً لما معه ومؤكداً له ، فلا يعتمد عليه وحده بل لابد أن يضم إلى دليل آخر أو قرينة أخرى ، ومثاله : ما لو تنازع الزوجان في شيء من متاع البيت وكل منهما له بينة ، فإن قرينة صلاحية المتاع للنساء مثلاً تنضم إلى بينة المرأة فترجحها فيكون مجموعهما حجة أقوى من حجة الرجل^(٤) .

ثانياً : تقسيم القرائن بحسب مصدرها

تنقسم القرائن حسب مصدرها إلى ثلاثة أنواع :

النوع الأول : قرائن نصية ورد بها نص من الكتاب أو السنة بعينها . . .

كالدلم على الثوب المذكور في قصة يوسف ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب﴾^(٥) .

(١) سورة يوسف ، الآية ١٨ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٩ / ١٤٩ ، وانظر أضواء البيان ٣ / ٧٠ .

(٣) الطرق الحكيمة ٧ .

(٤) تبصرة الحكام ١ / ٣١١ ، الطرق الحكيمة ٢٢ .

(٥) سورة يوسف ، الآية ١٨ .

وكقرينة شق الثوب أيضاً ﴿١﴾ إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ﴿٢﴾ ومثل الفراش : أمانة وقريئة على نسبة الولد إلى الزوج ، والشبه في القافة ، واللوث في القسامة ، وصمات البكر قريئة على رضاها ^(١) .

النوع الثاني : قرائن استخرجها الفقهاء وجعلوها أدلة على أمور أخرى ، ومن أمثلتها تبرع المريض مرض الموت لوارثه أو لغير وارثه فإنه يبطل فيما زاد على ثلث ماله إلا إذا أجازته الورثة الآخرون لأن هذا التصرف قريئة على إرادته الإضرار بالورثة ^(٢) .

النوع الثالث : قرائن قضائية وهي التي يستنبطها القضاة بحكم ممارسة القضاء فيلاحظون العلامات ويستخرجون الأمارات من ظروف الدعاوى عن طريق الفراسة والفطنة والذكاء ليصلوا بذلك إلى معرفة الحق - ومن أمثلتها :

ثبوت دفع كراء محل - مثلاً - عن شهر متأخر فإنه يعتبر قريئة على دفع كراء الشهر أو الشهور السابقة ^(٣) .

وهناك أيضاً القرائن المادية الملموسة التي تدرك بالنظر أو باللمس كالבصمات وآثار الأقدام والبقع الدموية والمنوية والأوراق الممزقة أو المحروقة إذا اجتمعت وعرف مضمونها ، وهذه القرائن المادية لها أهمية كبرى في مجال إثبات الجنايات وغيرها ولا سيما في عصرنا الحاضر الذي تقدمت فيه الوسائل .

(١) تبصرة الحكام ١١٣/٢ ، ١١٤ .

(٢) الإثبات بالقرائن للدكتور إبراهيم الفائر ، طبعة أولى ، ١٤٠٢ هـ ، دار الكتب .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٤٩٥ .

ومن القرائن التي وقع فيها خلاف بين الفقهاء القدامى :

- القيافة .
- الفراسة .
- النكول .
- الإشارة .
- اللوث في القسامة .

٤ . ٤ . ٣ أدلة العمل بالقرائن وحكمة مشروعيتها

لقد أخذ فقهاء المسلمين بالقرائن - في الجملة - في مسائل كثيرة ، وإن وجد خلاف بينهم فإنما هو في بعض الجزئيات لا في العمل بالقرينة من أصلها - مع أن الكثيرين منهم لم يفرّدوا لها باباً مستقلاً ، بل لم يصرحوا بها مع عملهم بها في الوقت نفسه ، ولعل السبب في ذلك احتياطهم في القضاء لأن استعمال القرائن يحتاج إلى رجحان العقل وحدة الذهن وزيادة الورع والصلاح ، لكيلا تصبح أداة للظلم والتعسف ويدل للعمل بها الكتاب والسنة والمعقول .

أولاً : الكتاب

- ١ - قال الله تعالى في قصة يوسف ﴿وجاءوا على قميصه بدم كذب﴾^(١) ووجه الدلالة منه : جعل إخوة يوسف الدم على القميص ليكون علامة وقرينة على صدقهم بأكل الذئب ليوسف ، ولكن هذه القرينة عارضتها قرينة أخرى أقوى منها وهي سلامة الثوب من التنيب^(٢) .

(١) سورة يوسف ، الآية ١٨ .

(٢) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ١٤٩/٩ ، تبصرة الحكام ٢٠٢/٢ .

٢- وقال تعالى في قصة يوسف أيضاً ﴿وشهد شاهد من أهلها إن كان قميصه قد من قبل فصدقت وهو من الكاذبين ، وإن كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من الصادقين ، فلما رأى قميصه قد من دبر قال إنه من كيدكن إن كيدكن عظيم﴾^(١).

ووجه الدلالة منه : جعله سبخائه وتعالى شق الثوب قرينة على صدق أحد المتنازعين^(٢).

٣- وقال تعالى : ﴿ولو نشاء لأريناكم فلعرفتهم بسيماهم ولتعرفنهم في لحن القول﴾^(٣).

ووجه الدلالة منه : أن الله سبحانه وتعالى جعل لحن القول قرينة على النفاق.

ثانياً : من السنة

١ - قوله صلى الله عليه وسلم (الولد للفراش وللعاهر الحجر)^(٤).

وجه الدلالة منه : أن الفراش قرينة على المخالطة المشروعة وإنزال ماء الزوج في رحم زوجته ، فينسب إليه الولد فالفراش قرينة والرسول صلى الله عليه وسلم حكم بثبوت النسب به^(٥).

(١) سورة يوسف ، الآيات ٢٦-٢٨ .

(٢) تفسير ابن كثير ٢/ ٤٧٥ ، أضواء البيان ٣/ ٦٩ .

(٣) سورة محمد ، الآية ٣٠ .

(٤) أخرجه الجماعة (صحيح البخاري مع الفتح ١٢/ ٣٢ ، ٣٣ ، صحيح مسلم ٢/

١٠٨٠ الموطأ ٢/ ٧٣٩ ، سنن أبي داود ١١/ ٩ ، سنن الترمذي ٢/ ٣١٣ ، سنن

النسائي ٦/ ١٨٠ ، سنن ابن ماجه ١/ ٦٤٦ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٧/ ٣٦ .

(٥) وسائل الإثبات للزحيلي ٥٠٤ .

٢ - وقوله صلى الله عليه وسلم - يوم بدر - لمعاذ بن عمرو بن الجموح^(١) ومعاذ بن عفراء^(٢) ، (هل مسحتما سيفيكما فقالا لا فقال : أرياني سيفيكما فلما نظر إليهما ، قال (هذا قتله ، وقضى له بسلبه)^(٣) .

وجه الدلالة منه : قضاؤه - صلى الله عليه وسلم - بالسلب اعتماداً على الأثر في السيف ، فالأثر قرينة^(٤) .

٣ - وقوله - صلى الله عليه وسلم - لمن سأله عن اللقطة (اعرف وكاءها وعفاصها ، ثم عرفها سنة ، فإن لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك ، فإن جاء طالبها يوماً من الدهر فأدها إليه)^(٥) .

(١) هو معاذ ابن عمرو بن الجموح بن زيد الأنصاري شهد العقبة وبدراً شارك في قتل أبي جهل يومها ويروى أن عكرمة ابن أبي جهل ضربه فقطع يده فبقيت معلقة حتى تمطى عليها فألقاها وقاتل بقية يومه . وبقي بعد ذلك دهنراً حتى مات في خلافة عثمان (الإصابة ٣ / ٤٢٩) .

(٢) هو معاذ بن الحارث بن رفاعه الأنصاري المعروف بابن عفراء ، وهي أمه ، شهد العقبة الأولى مع الستة الذين هم أول من لقي النبي صلى الله عليه وسلم من الأوس والخزرج ، وشهد بدرأله رواية في سنن النسائي وغيره . عاش إلى خلافة علي وقيل بعدها وقيل جرح ببدر فمات من جراحه (الإصابة ٣ / ٤٢٨ ، تقريب التهذيب ٢ / ٢٥٥) .

(٣) أخرجه البخاري ومسلم وأحمد (صحيح البخاري مع الفتح ٥ / ٢٤٦ ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٧٢ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢١ / ٣٧) .

(٤) تبصرة الحكام ١ / ٢٠٣ ، الطرق الحكيمة ١١ .

(٥) أخرجه البخاري ومسلم وابوداود والترمذي وأحمد (صحيح البخاري مع الفتح ٥ / ٤٦ ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٤٥ ، سنن أبي داود ٨ / ٢٦٤ ، سنن الترمذي ٢ / ٤١٤ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٨٣٦ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٥ / ١٥٤) .

وفي رواية (أعرف عددها ووعاءها ووكاءها فإن جاء صاحبها فعرف عددها ووكاءها فادفعها إليه)^(١).

وجه الدلالة منه : جعله معرفة الوعاء والرباط والعدد دليلاً على صحة قول مدعي اللقطة ، ووصف اللقطة قرينة مصاحبة وملازمة لها تقوم مقام الشهادة^(٢) وقد وردت أحاديث وآثار غير ما ذكر تدل على مشروعية الإثبات بالقرائن يضيق المقام عن ذكرها هنا^(٣).

ثالثاً : ومن المعقول : فإن إهمال القرائن القوية الخالية من معارض ينفيها يؤدي إلى إضاعة الحقوق ، وذلك يخالف ما أمر به من العدل ، ورد الحقوق إلى أصحابها يقول ابن القيم :

(والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل من أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منه ، وأقوى دلالة وأبين أمانة فلا يجعله منها)^(٤).

حكمة مشروعية العمل بالقرائن

إذا عجز المدعي عن إقامة الشهادة ، ولم يقر المدعى عليه بالحق ، والدلائل والأمارات تدل على صدق المدعي ، إلا أن المدعى عليه لا يتورع عن الأيمان الكاذبة فيبادر إليها ويتيه طرباً لفقدان الأدلة لدى المدعي . . . فإن القاضي في هذه الحالة لا يدع أمثال هذا الظالم على باطلهم بل إنه يلجأ

(١) صحيح مسلم ٣/ ١٣٤٥ ، سنن أبي داود ٨/ ٢٦٤ .

(٢) تبصرة الحكام ٢/ ٢٠٣ ، الطرق الحكمية ١٠ .

(٣) انظر المرجع السابق ص ١٠ وما بعدها لبقية الأدلة ، وأنظر تبصرة الحكام ٢/ ١١١ وما بعدها ، وأنظر معين الحكام ١٦٦ ، ١٦٧ .

(٤) الطرق الحكمية له ١٤ .

إلى شتى الوسائل للوصول إلى الحقيقة حتى يرد الحق إلى صاحبه، وفي أمثال هذه الحالة تأتي أهمية القرائن وتوضح حكمة مشروعاتها إذ يحصل كثيراً أن يتعذر غيرها من الأدلة ولا شك أن اليمين لا تغني عنها لكثرة من يبادر إلى الحلف ويتبرع بالآيمان على الباطل من أكل أموال الناس وهضم حقوقهم^(١).

٤ . ٤ . ٤ تعارض القرينة مع غيرها من وسائل الإثبات

سبقت الإشارة إلى أن القرائن القاطعة هي التي يعتمد عليها في الحكم، وأنها تعتبر دليلاً مستقلاً لا يحتاج إلى دليل آخر يقويه، ولذلك فإنها قد تقدم على غيرها من البيانات الأخرى عند تعارضها معها. فإن الإقرار - وهو سيد الأدلة - قد يلغى إزاء القرينة وكذا الشهادة قد تلغى إزاء القرينة أيضاً.

فمثال تقديم القرينة على الإقرار

- إقرار الصغير المدعى عليه بالمال بالبلوغ، وهو صغير جداً، بحيث لا تتحمل جثته ذلك، فإن إقراره لا عبء به، لأن القرينة الحسية تكذبه^(٢).

ومثال تقديمها على الشهادة

- إذا شهدت بينة بأن شخصاً أبو آخر، وكان الظاهر يقتضي أنه أسن منه، فإن قرينة السن هنا يعمل بها وتلغى الشهادة.

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٥١، ٥١٥.

(٢) شرح مجلة الأحكام العدلية لمحمد الأناسي ٦٠٩/٤ (المادة ١٥٧٧ من المجلة).

- وكذلك لو أقرت المرأة بانقضاء عدتها ثم ولدت لأقل من ستة أشهر بعد الإقرار فإنه يلغى إقرارها وتكذب في ادعائها انقضاء العدة، لتكذيب القرينة الشرعية إياها^(١).

- ومن تقديم القرينة على الإقرار ما روي عن سليمان عليه السلام في قصة المرأتين اللتين ادعتا الولد - فحكم به داود عليه السلام للكبرى - فقال سليمان: أثتوني بالسكين أشقه بينكما، فسمحت الكبرى بذلك، وقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله هو ابنها، فقضى به للصغرى، مقدماً قرينة شفقتها ورحمتها بالأبن على إقرارها به للأخرى التي قبلت شقه نصفين فظهر منها عدم الرحمة والشفقة عليه^(٢).

فهذا النوع من القرائن يقدم على غيره من الأدلة لقوته، ومسائله كثيرة يصعب حصرها في هذا المقام إلا أنه يمكن ضبطها بضابط عام يجمعها، هو أنه كلما كان المقرب، أو المشهود به محالاً عقلاً أو عادة كان الإقرار أو الشهادة به باطلياً، فيلغيان ويعمل بتلك القرينة^(٣).

٤ . ٤ . ٥ تعارض القرائن فيما بينها

أما تعارض القرائن فيما بينها فإنه كثير الوقوع وذلك لأن القرائن لا تخصى كثرة إذ أن القاضي هو الذي يستنتجها من الوقائع - في الغالب - وما من قرينة إلا وقد يستنتج قرينة أخرى تعارضها، ويستحسن ذكر بعض الأمثلة لتعارض القرائن فيما بينها سواء أكانت نصية أم فقهية أم قضائية.

(١) حجة الإقرار في الأحكام القضائية لمجيد حميد السماكية ٥٧١ ، ٥٧٢ .

(٢) الطرق الحكمية ٥ ، والقصة في حديث أخرجه النسائي من حديث أبي هريرة من ثلاث طرق (سنن النسائي ٨ / ٢٣٥) .

(٣) الأصول القضائية لعلي قراعة ٨٢ ، ٨٣ .

- فمثال تعارض القرائن النصية فيما بينها ما جاء في قصة يوسف عليه السلام من تعارض قرينة وجود الدم على القميص مع قرينة أخرى هي عدم تنيب الثوب وسلامته من التمزيق فقد اكتشف يعقوب عليه السلام كذب أخوة يوسف بهذه القرينة وألغى قرينة الدم على الثوب .

قال القرطبي ^(١) : (قال علماؤنا -رحمة الله عليهم- لما أرادوا أن يجعلوا الدم علامة على صدقهم قرن الله بهذه العلامة علامة تعارضها وهي سلامة القميص من التنيب إذ لا يمكن افتراس الذئب ليوسف ، وهو لا بس القميص ويسلم القميص من التمزيق ، ولما تأمل يعقوب القميص ، فلم يجد فيه خرقاً ولا أثراً استدل بذلك على كذبهم ، وقال لهم : متى كان الذئب حليماً يأكل يوسف ولا يخرق القميص) ^(٢) .

- ومن أمثلة تعارض القرائن الفقهية : إذا رأينا ميتاً في دار الإسلام وعليه زنار ، وهو غير مختون ، فهنا تعارضت قرينتان أيضاً ^(٣) ، إحداهما : وجود الميت في دار الإسلام التي تقتضي أن يحكم له به ، والثانية كونه عليه زنار - وهو ما يشد به الذمي وسطه ليمتاز عن المسلم - وغير مختون ، وهذه القرينة تدل على أنه غير مسلم فتجری عليه أحكام غير المسلمين ،

(١) هو محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري الخزرجي الأندلسي القرطبي ، المالكي ، أبو عبد الله له تصانيف كثيرة أشهرها (الجامع لأحكام القرآن) و (شرح أسماء الله الحسنى) و (كتاب التذكار في أفضل الأذكار) وغيرها توفي ٦٧١ هـ (الديباج المذهب ٣١٧ ، شذرات الذهب ٥ / ٣٣٥) .

(٢) الجامع لأحكام القرآن له ٩ / ١٤٩ ، أضواء البيان ٣ / ٦٩ ، ٧٠ ، تبصرة الحكام ٢٠٢ / ١ .

(٣) جواهر الإكليل ٢ / ٢٧٨ .

وفي هذه الحالة تقدم قرينة الزنار وعدم الختان على قرينة الدار في قول أكثر العلماء^(١).

ومن الأمثلة على تعارض القرائن القضائية : ما إذا رأى القاضي رجلاً مكشوف الرأس وليس ذلك عادته - وآخر هارباً قدماه بيده عمامة وعلى رأسه أخرى ، فهنا تعارضت قرينتان إحداهما : قرينة صاحب اليد ، والأخرى هي كون الآخر مكشوف الرأس ولا عادة له في ذلك والهارب بيده عمامتان أيضاً .

وعلى الرغم من أن الهارب صاحب يد ، ويؤيده الحال والأصل ، فإنه يحكم بكذبه ويقضى بالعمامة للآخر لقوة قرينته على القرينة الأخرى^(٢) .
ويلاحظ أن هذه القرائن إذا لم تكن على درجة واحدة في القوة ، تكون طريقة العمل بها أن يقدم أقواها .

أما إذا كانت في درجة واحدة ، فإن العمل يكون كالعمل عند تعارض الشهادتين وذلك ما سيأتي بحثه - إن شاء الله تعالى - في الفصول ٤ ، ٥ ، ٦ من هذا البحث .

(١) الجامع لأحكام القرآن ٣/ ٣٤١ ، تبصرة الحكام ١/ ٢٠٣ ، ٢/ ١١١ .
(٢) الطرق الحكمية ٧ .

٤ . ٥ . الكتابة

وتم تقسيمه إلى المطالب التالية :

- بيان المراد بالكتابة هنا وذكر أنواعها .

- الإثبات بالكتابة .

- تعارض الكتابة مع غيرها أو فيما بينها .

٤ . ٥ . ١ تعريف الكتابة وبيان أنواعها

تعريف الكتابة لغة

يقول ابن فارس : (الكاف ، والتاء ، والباء ، أصل واحد يدل على جمع شيء إلى شيء ، ومن ذلك الكتاب ، والكتابة ، يقال كتبت الكتاب كتبا ، ويقولون : كتبت البغلة ، اذا جمعت شفري رحمها بحلقه)^(١) .

وعلى هذا فالكتابة في اللغة بمعنى الجمع والخط ، لأن الكاتب يخط الحروف ويضم بعضها إلى بعض .

تعريف الكتابة في الاصطلاح

أما الكتابة في الاصطلاح فإن الفقهاء القدامى لم يخصصوها بتعريف يميزها ، وإنما أطلقوا عليها ألفاظاً مختلفة باعتبارها دليلاً للإثبات ومن تلك الألفاظ^(٢) :

- الصك .

- المحضر .

(١) معجم مقاييس اللغة له ١٥٨ / ٥ (كتب) .

(٢) الفيروزبادي ١ / ١٢٥ (كتبه) .

- السجل .

- الوثيقة .

ومن المحدثين عرفها : محمد مصطفى الزحيلي بأنها : (هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها ، للرجوع إليه عند الإثبات)^(١) .

ولا خلاف في مشروعية الكتابة في توثيق الحقوق إذ ورد الأمر بها في القرآن الكريم في قوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل﴾^(٢) .

وقد استعملها الرسول صلى الله عليه وسلم في شتى المجالات :
ومن ذلك أمره - صلى الله عليه وسلم - علي بن أبي طالب بكتابة صلح الحديبية بينه وبين سهيل^(٣) بن عمرو كما في الصحيحين وغيرهما^(٤) .
كما استخدم الصحابة والتابعون الكتابة في شئون : الحكم ، والقضاء ، والسياسة والإدارة^(٥) .

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية له ٤١٧ .

(٢) سورة البقرة ، الآية ٢٨٢ .

(٣) هو سهيل بن عمرو بن عبد شمس القرشي ، خطيب قريش ، أبوزيد ، تولى أمر الصلح بالحديبية عن قريش ثم أسلم وقال : والله لا أدع موقفاً وقفته مع المشركين إلا وقفته مع المسلمين ، ولا نفقة أنفقتها مع المشركين إلا أنفقت على المسلمين مثلها لعل أمري أن يتلو بعضه بعضاً ، توفي سنة ١٨ هـ (الإصابة ٢/ ٩٤) .

(٤) البخاري ومسلم (صحيح البخاري مع الفتح ٧/ ٤٥٣ ، صحيح مسلم ٣/ ١٤١١) .

(٥) الطرق الحكيمة ٢٠٥ .

أنواع الكتابة

يمكن تقسيم الكتابة باعتبار بيانها ، وقوة دلالتها على مضمونها إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : أن تكون الكتابة ظاهرة يمكن قراءتها وفهم معناها ، معنونة باسم كاتبها ، واسم المكتوب إليه ، وتسمى الكتابة المستبينة المرسومة وهذا أقوى أنواع الكتابة .

القسم الثاني : أن تكون الكتابة ظاهرة مقروءة مفهومة المعنى إلا أنها غير معنونة باسم كاتبها واسم المكتوب إليه ، وهذا أضعف من الأول ، ويسمونه الكتابة المستبينة غير المرسومة .

القسم الثالث : وهو أن تكون الكتابة لابقاء لها بعد الانتهاء منها ، ولا يظهر منها الخط أصلاً ، كالكتابة على الماء ، أو في الهواء ، وهذا أضعف الأقسام ، ولا يصح الاعتماد عليه في الإثبات ^(١) .

٤ . ٥ . ٢ الاعتماد على الكتابة في الإثبات

لم يختلف الفقهاء في مشروعية الكتابة وأهميتها ، لحفظ الحقوق ، وللمساعدة على التذكر ، كما لم يختلفوا في إلغاء القسم الثالث من أقسام الكتابة السالف ذكرها ، وإنما حصل الخلاف بينهم في الكتابة الظاهرة المقروءة- أي في القسمين الأولين- كوسيلة من وسائل الإثبات عند القاضي ، وقد كثرت الأقوال فيها بين مختلف المذاهب ، وفي المذهب الواحد .

(١) بدائع الصنائع ٣/ ١٠٩ ، تبصرة الحكام ٢/ ٤٠ ، مغني المحتاج ٢/ ٥ ، كشاف القناع ٣/ ١٤٩ ، ١٥٠ ، حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣٦ .

ويمكن إجمال الآراء فيها في قولين :

القول الأول : أن الكتابة لا تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات عند القاضي ، وإليه ذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة في رواية ^(١) .

واستدلوا بأدلة عقلية من أهمها :

١ - أن الخطوط تتشابه ، ويصعب تمييز بعضها عن بعض ، كما أنها تختمل التزوير ، والافتعال ، ومع وجود هذا الاحتمال لا تكون حجة ^(٢) .

٢ - إن الكتابة قد تكون للتجربة ، واللعب ، والتسلية ، فلا تعتبر حجة .

٣ - إن أدلة الإثبات تنحصر في عدد معين وليست الكتابة منها ^(٣) .

القول الثاني : أن الكتابة وسيلة من وسائل الإثبات يعتمد عليها القاضي في حكمه إذا ثبتت لديه صحتها . وإليه ذهب المالكية والحنابلة في رواية ^(٤) .

ولهم أدلة من الكتاب والسنة والمعقول أهمها :

أولاً : من الكتاب : قوله تعالى ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ ، وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ ، وَلَا يُأْبِ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ، وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئاً فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يَمْلِكَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيهِ بِالْعَدْلِ ﴾ .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢١٧ ، حاشية ابن عابدين ٤٣٥ / ٥ ، مغني المحتاج ٣٩٩ / ٤ ، المهذب ٣٠٦ / ٢ ، المغني ٧٦ / ٩ .

(٢) المراجع السابقة .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٤٢٤ ، ٤٢٥ .

(٤) تبصرة الحكام ٣٥٦ / ١ ، الطرق الحكيمة ٢٠٧ .

ووجه الدلالة : أن الآية الكريمة تقرر اعتبار الكتابة وسيلة لحفظ الحقوق في المعاملات وفائدة وسيلة حفظ الحقوق الاعتماد عليها عند الإنكار، والاحتجاج بها أمام القضاء^(١).

ثانياً : من السنة : أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعمل الكتابة في شتى المجالات ، فاستعملها في تبليغ الرسالة ، وفي كتابة الأحكام الشرعية ، والمعاهدات ، والأمان ، والصلح ، ومع الرؤساء والملوك والقادة في السرايا ، والجيوش ، واستعملها الصحابة والتابعون من بعده^(٢).

ثالثاً : من المعقول : فإن الخط كاللفظ في التعبير عن المقصد ، بل إن الخط يمتاز عن اللفظ بالثبات ، والضبط ، ولذلك تكون الكتابة الظاهرة المقروءة حجة على صاحبها إذا ثبتت نسبتها إليه^(٣).

الترجيح : بالنظر إلى ما استدل به المانعون والمجوزون يتضح أن المانعين يستندون إلى مجرد أدلة عقلية ، محتملة ، وأما المجيزون فلهم أدلة قوية من القرآن والسنة ، وعمل الصحابة والتابعين ، ومن المعقول أيضاً .

ولذا فالذي يظهر أن القول باعتبار الوثيقة وسيلة لإثبات الحقوق أرجح - لما تقدم من الأدلة .

ولأن الحاجة تدعو إلى استعمال الكتابة في الإثبات ، وفي القول بإلغائها حرج ، ومشقة ، فإن الشهود وإن وجدوا وقت التحمل ، فإنهم قد يغيبون عن الأداء أو ينسون أو يموتون .

(١) تفسير ابن كثير ١/ ٣٣٥ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣/ ٣٨٤ .

(٢) الطرق الحكمية ٢٠٥ - ٢٠٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٥/ ٤٣٧ ، الطرق الحكمية ٢٠٧ .

ومن تتبع أقوال الفقهاء كلها - في حجية الكتابة - تبين له أن المعول عليه عندهم ، هو التأكد من صحة عزو الكتابة ، وعدم وجود شبهة فيها ، فإن انتفت شبهة التزوير والمحاكاة ونحو ذلك . . . عمل بها وإلا فلا ^(١) .

ويجاء عن الأدلة العقلية التي استدلت بها المانعون بما يلي :

١ - فقولهم : إن الخطوط تتشابه . . . يجاء عنه بأن التشابه نادر ، والنادر لا تبني عليه الأحكام ، ولو كان احتمال وقوع الاشتباه ، والمحاكاة مانعاً ، لمنع من الشهادة على الخط عند معاينته إذا غاب عنه لجواز المحاكاة ^(٢) .

٢ - وقولهم : إن الكتابة قد تكون للتجربة واللعب والتسلية . . . الخ .

يجاء عنه بأنه ليس من شأن العاقل أن يلهو ، ويجرب خطه بكتابة الدين على نفسه ، وكذلك من المستبعد أن يفعل ذلك بكتابة الحقوق ، وإثبات الديون للآخرين ، وبالجملية فإن هذا الدليل مبني على مجرد احتمال بعيد نادر جداً ^(٣) .

٣ - وقولهم : إن وسائل الإثبات منحصرة ، وليست الكتابة منها .

يجاء بعد التسليم بانحصارها فيما ذكره بل إن الكتابة منها ^(٤) .

٤ . ٥ . ٣ تعارض الكتابة مع غيرها أو فيما بينها

إذا تقرر أن الكتابة وسيلة للإثبات إذا سلمت من التزوير ونحو ذلك ، فإنه لا يستبعد أن تتعارض مع غيرها من وسائل الإثبات الأخرى أو تتعارض

(١) مجلة الأحكام العدلية ص ٣٥٢ (المادة ١٧٣٦) .

(٢) الطرق الحكمية ٢٠٧ .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٤٢٤ .

(٤) الطرق الحكمية ٢٠٤ .

فيما بينها ، وحتى الوثيقة الواحدة ، أو الصك الواحد ، يتعارض ما هو مكتوب عليه فيما بينه .

والعمل عند حصول التعارض بين الوثائق نفسها ، أو بينها مع غيرها ، لا يختلف عن العمل عند حصول التعارض بين الشهاداتين ، إذ ليست هناك ضوابط خاصة بتعارض بعض البيانات ، دون بعض .

وإنما ذكر الفقهاء ضوابط عامة ، ومراحل يتبعها القاضي عند تعارض البيانات من حيث هي ، والاعتماد في ذلك بالدرجة الأولى على ذكاء القاضي ، وفطنته ، وتمرنه وتجربته في القضاء .

والوثائق - كغيرها من الوسائل - إن تعارضت مع غيرها أو فيما بينها ، فإما أن يمكن الجمع بينها ، أو لا يمكن ، فيلجأ إلى الترجيح ، وللتاريخ أهمية كبيرة في الترجيح بين الوثائق .

وسيأتي بيان أشهر المرجحات في الفصل الخامس من هذا البحث .

٤ . ٦ . اليمين

وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب كالتالي :

- تعريف اليمين ، ودليل مشروعيتها .

- تعارض اليمين مع الشهادة .

- تعارض الإيمان فيما بينها .

٤ . ٦ . ١ تعريف اليمين لغة وشرعاً وأدلة مشروعيتها

أولاً : تعريف اليمين لغة

استعملت اليمين في كلام العرب على وجوه منها :

- ١ - القوة والقدرة ومنه قوله تعالى ﴿ولو تقول علينا بعض الأقاويل لأخذنا منه باليمين﴾^(١) أي بالقوة والقدرة على رأي ابن عباس ومجاهد^(٢) .
وقول الشاعر^(٣) :

إذا ما راية رفعت لمجد تلقاها عرابة باليمين

- ٢ - واليد اليمنى يقال لها يمين ، والصلة بين المعنيين أن اليد اليمنى أقوى من اليسرى وأشد في البطش ، ومنه قوله تعالى :

(١) سورة الحاقة ، الآيات رقم ٤٤ ، ٤٥ .

(٢) البحر المحيط لأبي حيان ٣٢٩ / ٨ .

(٣) القائل الشماخ بن ضرار الذبياني يمدح عرابة ، والبيت من قصيدته التي يقول فيها : رأيت عرابة الأوسي يسمو إلى الخيرات منقطع القرين . (انظر ديوان الشماخ ص ٣١٩ طبعة دار المعارف بمصر تحقيق صلاح الدين الهادي) .

﴿فراغ عليهم ضربا باليمين﴾^(١) أي يمين يد به لأنها أقواها^(٢).

٣- واليمين الحلف والقسم، سمي يميناً لأنهم كانوا إذا أقسموا وضع كل منهم يمينه على يمين صاحبه، واليمين مؤنث وجمعها أيمن بضم الميم وأيمان^(٣).

ثانياً: تعريف اليمين في الاصطلاح الشرعي

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف اليمين وذلك حسب اختلافهم في الأحكام المتعلقة بها من جهة، وحسب اختلاف نظرهم إلى نوع اليمين المراد تعريفها من جهة أخرى.

فعرفوها بتعريفات كثيرة اكتفي منها بذكر تعريف لكل مذهب :

أولاً : عرفها الزيلعي^(٤) من الحنفية بأنها :

(عقد قوي به عزم الحالف على الفعل أو الترك)^(٥).

ثانياً : الشيخ خليل^(٦) من المالكية قال هي (تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله تعالى أو صفته)^(٧).

(١) سورة الصافات، الآية رقم ٩٣.

(٢) البحر المحيط لأبي حيان ٣٦٦/٧.

(٣) لسان العرب ١٠١٨/٣ (يمين)، الصحاح ٢٢٢١/٦ (يمين).

(٤) هو عثمان بن علي فخر الدين الزيلعي، فقيه حنفي، له مؤلفات كثيرة منها : (تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق) وشرح الجامع الكبير لمحمد بن الحسن :

وغيرهما توفي ٧٤٣هـ (الفوائد البهية ١١٥، ١١٦، تاج التراجم ٤١).

(٥) تبيين الحقائق له ١٠٧/٣، طبعة الأميرية، بولاق، وانظر فتح القدير ٣/٤، طبعة بولاق ١٣١٦هـ، البحر الرائق ٣٠٠/٤.

(٦) هو خليل بن إسحاق الجندي المالكي، جمع بين الدين والعمل، كان ثاقب الذهن، حاد الذكاء له مؤلفات منها (التوضيح)، ومختصر خليل وغيرهما، توفي سنة ٧٤٩هـ (الديباج المذهب ١١٥، الاعلام ٣١٥/٢).

(٧) مختصر خليل له ٩٥ طبعة دار الفكر ١٤٠١هـ.

ثالثاً : عرفها الخطيب الشربيني من الشافعية بأنها : (تحقيق أمر غير ثابت ، ماضياً كان أو مستقبلاً ، نفيّاً أو إثباتاً ، ممكناً أو ممتنعاً ، صادقة كانت أو كاذبة ، مع العلم بالحال أو لجهل به) ^(١) .

رابعاً : عرفها صاحب ^(٢) متن الاقناع من الحنابلة بأنها (توكيد الحكم بذكر معظم على وجه مخصوص) ^(٣) .

وهذه التعريفات - بغض النظر عما بينها من الفوارق - شملت تعريف اليمين بمعناها العام ، إلا أنها لم تذكر اليمين التي تثبت الحق أو تنفيه عند القضاء والتي تعتبر وسيلة من وسائل الإثبات الشرعية التي نحن بصدد بحثها .

ويمكن تعريف اليمين على هذا الاعتبار بما يلي :

(توكيد ثبوت الحق ، أو نفيه بلفظ «الله» في مجلس الحكم بعد الطلب) .

والفرق بين هذا التعريف وسابقه أنه يشير إلى إثبات الحق أو نفيه في مجلس الحكم بخلاف التعريفات الأخرى فإنها لم تتعرض لذلك .

شرح التعريف : قولنا تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أخرج اليمين العامة فهي تأكيد على فعل أمر أو تركه في المستقبل ، ويدخل في قولنا : (ثبوت الحق) يمين المدعي وفي قولنا : (أو نفيه) يمين المدعى عليه .

(١) مغني المحتاج ٤ / ٣٢٠ .

(٢) هو موسى بن أحمد ، أبو النجا شرف الدين ، الحجاوي المقدسي ، مفتي الحنابلة بدمشق من أشهر مؤلفاته : (الاقناع) الذي جمع فيه المذهب الحنبلي ، وغيره كثير ، توفي سنة ٩٦٨ هـ (مختصر طبقات الحنابلة ٨٤ / ٨٥) .

(٣) كشاف القناع ٦ / ٢٢٦ .

- وقولنا (بلفظ بالله) يفيد اشتراط هذا الاسم في اليمين في كل حق^(١) .
وأخرج تأكيد ثبوت الحق بوسيلة أخرى من وسائل الإثبات غير الحلف
كالشهادة ونحوها - ولفظ (في مجلس الحكم) قيد يخرج اليمين خارج
مجلس الحكم فلا عبرة بها في الإثبات .
- وقولنا : (بعد الطلب) أي بعد طلب القاضي ذلك فلو أقسم قبل طلب
القاضي لم تقبل يمينه ولو كان في مجلس الحكم .
ثالثاً : أدلة مشروعية اليمين في القضاء

وردت نصوص من الكتاب والسنة تدل على مشروعية اليمين في حسم
النزاع ، وأجمعت الأمة على ذلك^(٢) .
- فمن القرآن قوله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ
الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم
في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان
بالله إن ارتبتم لا نشترى به ثمناً ولو كان ذا قربي ، ولا نكتب شهادة الله إنا
إذا لمن الآثمين﴾^(٣) .
ومن السنة :

١ - ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال
(لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن
اليمين على المدعي عليه)^(٤) .

(١) مختصر خليل ٢٧١ ، وانظر المغني ٩/ ٢٢٦ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعي ١٠٧/ ٣ .

(٣) سورة المائدة ، الآية رقم ١٠٦ .

(٤) صحيح البخاري مع الفتح ٨/ ٢١٣ ، صحيح مسلم ٣/ ١٣٣٦ ، سنن أبي
داود ١٥/ ٣٠٦ ، سنن النسائي ٨/ ٢٤٨ ، سنن ابن ماجه ٢/ ٧٧٨ ، الفتح
الرباني ترتيب المسند ١٥/ ٢١٥ .

٢- وعن الأشعث بن قيس قال : كان بيني وبين رجل خصومة في بئر فاختصمنا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم - فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم : (شاهدك أو يمينه) قلت إذا يحلف ولا يبالي فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم - (من حلف على يمين صبر يقطع بها مال امرئ مسلم وهو فيها فاجر لقي الله وهو عليه غضبان)^(١) .

٣- وعن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رجلاً من حضرموت ورجلاً من كندة اختصما إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - فقال النبي صلى الله عليه وسلم للحضرمي : (ألك بينة؟) قال : لا ، قال : (فلك يمينه) قال : يا رسول الله إنه فاجر لا يبالي بما حلف ، ليس يتورع عن شيء فقال : (ليس لك منه إلا ذلك)^(٢) .

٤- وعنه أن النبي صلى الله عليه وسلم - قال لرجل حلفه : (أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ماله عندك شيء)^(٣) .

ووجه الدلالة من الأحاديث : واضح في مشروعية اليمين في القضاء في جانب المدعى عليه .

(١) صحيح البخاري مع الفتح ٢١٣/٨ ، صحيح مسلم ١٢٣/١ ، الموطأ ٢/٧٢٧ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٧٢/١٤ ، سنن أبي داود ٢١٢/١٤ ، سنن الترمذي ٣٧٠/٢ ، سنن ابن ماجه ٧٧٨/٢ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٥٣ .

(٢) صحيح مسلم ١٢٤/١ ، سنن أبي داود ٢١٥/١٥ ، سنن الترمذي ٣٩٨/٢ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢١٦/١٥ ، سنن الدارقطني ٢١١/٤ .

(٣) أخرجه أبو داود في سننه ٣٠٧/١٥ . وسكت عنه .

٤ . ٦ . ٢ تعارض اليمين مع الشهادة

اليمين التي تقع في الخصومة أنواع منها :

١ - يمين التهمة عند المالكية وهي التي يحلفها المدعى عليه إذا أثبت المدعي أنه متهم ولا ترد على المدعي^(١) .

٢ - يمين الاستظهار يحلفها المدعي مع بينته التامة احتياطاً لحفظ مال من لا يمكنه الدفع عن نفسه كالميت والغائب ونحوهما .

٣ - اليمين المكملة للنصاب يحلفها المدعي مع شاهده .

٤ - اليمين المردودة ترد على المدعي بعد نكول المدعى عليه عنها .

٥ - يمين المنكر ويسمى بعضها الرافعة لأنها ترفع الخصومة^(٢) .

وهذه اليمين هي التي نص عليها الحديث (البينة على المدعي واليمين على من أنكر)^(٣) .

فإذا عجز المدعي عن الإثبات واستحلف المدعى عليه وبعد حلفه أحضر المدعي شهوداً يشهدون له بالحق على المدعى عليه ، ففي هذه الحالة أصبح كل من الطرفين متمسكاً ببينة كاملة صحيحة^(٤) .

(١) تبصرة الحكام ١/ ٣٢٧ .

(٢) المرجع السابق ١/ ٢٧٢ ، تهذيب الفروق ٤/ ١٥١ .

(٣) سبق تخريجه في ص ٢ .

(٤) وكذلك فإن اليمين المكملة للنصاب قد تتعارض هي والشاهد مع شهادة شاهدين وأرجأت بحث هذه الصورة إلى فصل الترجيح لأنه في الحقيقة من تعارض الشهادتين لأن اليمين إنما هي متممة لبينة صاحب الشاهد الواحد .

وقد اختلف الفقهاء في التي تقدم منهما على قولين :

- القول الأول : أن بينة المدعي تسمع ويحكم بها لأن يمين المدعى عليه إنما تقطع الخصومة مؤقتاً فقط - ذهب إلى ذلك جمهور الحنفية وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة كما قال به بعض المالكية ، لكن الجمهور منهم يشترط أن يكون المدعي له عذر في عدم إحضار البينة ابتداء كعدم علمه بها أو نسيانه لها ولا بد أن يحلف على ذلك عند بعضهم ^(١) .

ونقل نصوصاً لكل مذهب تبين وجهته في هذا القول :

جاء في بدائع الصنائع (وأما حكم أدائه - أي اليمين - فهو انقطاع الخصومة للحال لا مطلقاً بل مؤقتاً إلى غاية إحضار البينة عند عامة العلماء . وقال بعضهم حكمه انقطاع الخصومة على الإطلاق حتى لو أقام المدعي البينة بعد يمين المدعى عليه قبلت بينته عند العامة ولم تقبل عند بعضهم) ^(٢) .

وفي مغني المحتاج (واليمين غير المردودة تفيد قطع الخصومة وعدم المطالبة في الحال ولا تفيد براءة لزمة المدعى عليه فلو حلف المدعى عليه ثم أقام المدعي بينة بما ادعاه ، شاهدين فأكثر . . . حكم بها وإن نفاها المدعي حين الحلف) ^(٣) .

ومثله في كشف القناع (اليمين تقطع الخصومة ولا تسقط الحق فتسمع البينة بعد اليمين) ^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٢٩ ، مغني المحتاج ٤/٤٧٧ ، كشف القناع ٦/٤٤٣ ، تبصرة الحكام ١/٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٢٩ .

(٣) مغني المحتاج ٤/٤٧٧ .

(٤) كشف القناع ٦/٤٤٣ .

ويقول ابن فرحون (إذا ادعى رجل قبل رجل مالا ودعا إلى يمين المطلوب فحلف له ، ثم زعم أنه وجد بينة تشهد له بما ادعاه ، ولم يكن يعلم بها فإنه يحلف أنه ما علم بها في حين استحلافه ، ثم يسمع الحاكم من بيته . وقال مطرف ^(١) وابن الماجشون لا يضره استحلافه إياه وله القيام بها ويقضي بها لأن من حجته أن يقول : ظننت أنه لا يحلف ولا يتجرأ على اليمين وأنه يقر له حينئذ) ^(٢) .

واستدلوا بما يلي :

١ - ما روى عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم (ألزم رجلاً بعد ما حلف بالخروج عن حق صاحبه - كأنه علم كذبه) ^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث :

معرفة - صلى الله عليه وسلم - لكذب الخالف وإلزامه إياه بترك الحق لصاحبه تفيد أن مجرد الحلف لا يبرئ من الحق ، لا سيما إذا عارضته بينة المدعي ، فدل ذلك على أن بينة المدعي ترجح على يمين المدعى عليه .

(١) هو مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار أبو مصعب ويقال أبو عبد الله مولى ميمونة أم المؤمنين ، ابن أخت مالك بن أنس روى عن مالك وغيره وخرج عنه البخاري في صحيحه توفي ٢٢٠ هـ (الديباج المذهب ٣٤٥ ، ٣٤٦) .

(٢) تبصرة الحكام له ١/ ٢٨٣ ، ٢٨٤ .

(٣) أخرجه الحاكم وأحمد وأبوداود ، بهذا المعنى ، وقال الحاكم صحيح الإسناد وسكت عنه أبوداود (المستدرک ٦/ ٩٤ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٤/ ١٧٥ سنن أبي داود ١٤/ ٢٤١) .

٢- ما روي عن شريح - رضي الله عنه - أنه قال : (البينة العادلة خير من البينة الفاجرة . . . وفي رواية البينة العادلة أحق من البينة الفاجرة)^(١) .

٣- من العقل استدلوا بوجهين :

أ- أن البينة أقوى من اليمين لأنها كلام الأجنبي واليمين كاخلف عنها لأنها كلام الخصم نفسه وقد صير إليه للضرورة وإذا جاء الأصل بطل حكم الخلف^(٢) .

ب- أن بينة المدعي مثبتة ، ويمين المدعى عليه نافية والمثبت مقدم على النافي^(٣) .
- القول الثاني : أن يمين المدعى عليه مقدمة على بينة المدعي . وتقطع الخصومة وتثبت الحق فلا تسمع بينة المدعي بعد استحلاف المدعى عليه - وإليه ذهب بعض الحنفية وجمهور المالكية في حالة كون المدعي ليس له عذر في عدم إقامة البينة حين طلبه يمين المدعى عليه وهو مذهب الظاهرية^(٤) .

وتقدم نقل قول الكاساني (وقال بعضهم حكمه - أي اليمين - انقطاع الخصومة على الإطلاق)^(٥) .

وفي تبصرة الحكام (أما إن استحلفه مع علمه ببيئته تاركاً لها إما تصريحاً أو معرضاً عنها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له)^(٦) .

(١) أخرجه البخاري والبيهقي . (صحيح البخاري مع الفتح ٢٨٨ / ٥ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ١٨٢) .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٢٢٩ .

(٣) فتح الباري ٣ / ٣٤٧ - ٣٥٠ الطبعة السلفية .

(٤) بدائع الصنائع ٦ / ٢٢٩ ، تبصرة الحكام ١ / ٢٨٤ ، المحلى ٩ / ٣٧١ .

(٥) بدائع الصنائع ٦ / ٢٢٩ .

(٦) تبصرة الحكام ١ / ٢٨٤ .

ولم يتفق المالكية على ذلك بل خالف فيه مطرف وابن الماجشون فقالا بقبول البينة مطلقاً كما تقدم^(١).

ويقول ابن حزم في الرد على أصحاب القول الأول (فليست الشهادة أولى من اليمين إذ الصدق في كليهما ممكن والكذب في كليهما ممكن - إلا بنص قرآن أو سنة تأمرنا بإنفاذ البينة وأن حلف المنكر لا يعتد به ولا يوجد في ذلك نص أصلاً فسقط هذا القول بيقين)^(٢).

واستدلوا بما يلي :

١ - ما رواه ابن عباس (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال للرجل هل لك بينة؟ قال : لا ، قال : فلك يمينه)^(٣).

وجه الدلالة منه :

مساواته - صلى الله عليه وسلم - بين البينة واليمين في قطع الدعوى وإثبات الحق ، فدل على أن اليمين تقطع الحق كالبينة والرواية الأخرى التي فيها (ليس لك منه إلا ذلك)^(٤).

تدل على أن الطالب ليس له إلا بينته ابتداء أو يمين المطلوب في حالة العجز عن البينة^(٥).

(١) أنظر ص ١٦٩ من البحث .

(٢) المحلي له ٣٧٢ / ٩ .

(٣) سبق تخريجه في ص ٤١ .

(٤) مسلم ١ / ١٢٤ ، أبوداود ١٥ / ٢١٥ ، الترمذي ٢ / ٣٩٨ ، أحمد ١٥ / ٢١٦ ،

الدارقطني ٤ / ٢١١ .

(٥) المحلي لابن حزم ٣٧٢ / ٩ .

٢ - قوله صلى الله عليه وسلم : (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ودلالته كدلالة الحديث السالف إذ دل على أن اليمين تقطع الحق كالبينة وإذا انقطع الحق لم تسمع البينة بعد ذلك .

٣ - كما استدلوا بقياس اليمين على الشهادة بجامع أن كلا منهما وسيلة إثبات صحيحة ، وإذا كانت الشهادة يحكم بها ولا ينقض القضاء بعد الحكم بها فكذلك اليمين يحكم بها ولا ينقض الحكم بعدها ولا تسمع البينة ^(١) .

٤ - وكما أنه لو أقام البينة ابتداء لا تبقى له ولاية الاستحلاف ، فكذا إذا استحلف لا تبقى له ولاية إقامة البينة لأن حقه في أحدهما فلا يملك الجمع بينهما ^(٢) .

الترجيح :

بعد النظر إلى أدلة الفريقين تبين أنه ليس فيها شيء صريح في سماع البينة بعد الاستحلاف ولا في عدمه .

وأرى أن الراجح هو القول الثاني بعدم سماع البينة بعد الاستحلاف لأن الأصل في المسلم الصلاح والتقوى وأنه لا يحلف بالله كاذباً .

خاصة وأن المدعي قد قبل يمين المدعى عليه وطلبها منه ففي إلغائها بعد ذلك إهدار لكرامته وإهانة له ، والشارع الحكيم أوجب التسوية بين الخصمين ، وسوى بينهما في عبء الإثبات ، فكلف المدعي بالبينة والمدعى عليه باليمين ، فمن استخدم منهما حقه في الإثبات حكم له بالحق ^(٣) .

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٣٧٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٢٩ .

(٣) قواعد الكرخي ١١١ .

ثم إن القول بقبول البينة بعد الاستحلاف ولو طال الزمن يؤدي إلى طول النزاع ويفتح الباب لشهادة الزور لكن على المدعي أن لا يقدم على طلب استحلاف خصمه إلا بعد البحث عن جميع الوسائل .

٤ . ٦ . ٣ تعارض الأيمان فيما بينها

قد يحصل التعارض بين الأيمان فيما يسميه الفقهاء بالتحالف من الجهتين ، وذلك أن الخصمين إما أن يكون أحدهما مدعياً من كل وجه والآخر مدعى عليه من كل وجه ، وفي هذه الحالة لا مجال للتحالف لأن المدعي يكلف بعبء الإثبات فإن لم يثبت وطلب يمين خصمه حلف المدعى عليه . أو يكون كل منهما مدعياً من وجه منكر من وجه آخر ولم يثبتا دعواهما . وفي هذه الحالة يتحالفان ، بأن يحلف كل منهما على نفي دعوى صاحبه وإثبات دعواه فتصبح يميناهما متعارضتين^(١) .

ويدخل التحالف المذكور في أبواب كثيرة من أبواب الفقه تقتصر منها على ذكر ثلاثة أمثلة مع بيان حكم تعارض اليمينين في كل مثال . وما سكتنا عنه يقاس على ما ذكرناه :

أولاً : اختلاف المتابعين ، وذكر ابن فرحون أن اختلافهما يرجع إلى ثمانية عشر نوعاً يقع التحالف منها في أحد عشر هي :

الأول : أن يختلفا في جنس الثمن فيقول أحدهما دنانير ويقول الآخر ثوب .

الثاني : أن يختلفا في نوع الثمن فيقول أحدهما قمح ويقول الآخر شعير .

الثالث : أن يختلفا في مقدار الثمن فيقول أحدهما بعشرين ويقول الآخر بعشرة .

(١) الأصول القضائية لعلي قراعة ٢٦٦ .

الرابع : إذا اختلفا في تعجيل الثمن وتأجيله فقال البائع نقد وقال المشتري نسيئة .
الخامس : إذا اختلفا في الخيار والبت .
السادس : إذا اختلفا في الرهن والحميل .
السابع : إذا اختلفا في عين المبيع قبل القبض .
الثامن : إذا اختلفا في قدر المثلون في بيع النقد .
التاسع : إذا اختلفا في قدر المسلم فيه بالقرب من عقد السلم .
العاشر : إذا اختلف رب السلم والمسلم إليه في الجودة .
الحادي عشر : إذا اختلفا في موضع القضاء وتباعد قولهما في المواضع ^(١) .
فالحكم في هذه الأنواع كلها الفسخ بعد التحالف ^(٢) .
ثانياً : اختلاف الزوجين في نوع المهر أو عدده بأن قال دراهم وقالت دنانير ، أو
قال ألف وقالت ألفان ، فإذا لم يقم واحد منهما بينة أصلاً أو أقاماهما
وتهاترتا فيتحالفان ويحكم بينهما بمهر المثل ^(٣) .
لأن تسمية المهر في النكاح ليست بشرط لصحته بخلاف البيع فإن
تسمية الثمن فيه شرط لصحته ، ولذلك كانت ثمرة تحالفهما التفاسخ في
البيع وعدم التفاسخ في النكاح ^(٤) .

(١) تبصرة الحكام ١/ ٣٠٥-٣٠٨ .

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر ٢/ ٢٦٣ لعبدالله المعروف بداماد ، طبعة
إحياء التراث العربي ، بيروت ، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٥-٣٠٨ ، أدب القضاء
لابن أبي الدم ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

(٣) معين الحكام ١٢٦ .

(٤) الأصول القضائية لعلی قراعة ٢٧٢ .

وفي قول للمالكية إن كان اختلاف الزوجين في المهر قبل البناء من غير موت ولا طلاق فإن النكاح يفسخ^(١).

ثالثاً : اختلاف الخصمين في عين ليست تحت يد واحد منهما ولا بينة لهما فإنهما يحلفان وثمره حلفهما تقسيم العين بينهما^(٢).

ويتبين من هذه الأمثلة أن القاعدة في الحكم عند تعارض الأيمان الفسخ إذا كان النزاع في العقد، والتقسيم إذا كان النزاع في عين لا علاقة لها بالعقد^(٣).

(١) تبصرة الحكم ٣٠٧/١.

(٢) تبصرة الحكم ٣٠٨/١، مغني المحتاج ٤/٤٨٠، كشف القناع ٦/٣٨٦.

(٣) تهذيب الفروق ٤/١٥٧، ١٥٨.

الفصل الخامس

٥ . ١ بيان الخلاف في البدء بالجمع قبل
الترجيح عند حصول التعارض .

٥ . ٢ حقيقة الجمع .

٥ . ٣ طرق الجمع .

دفع تعارض البيانات بطريق الجمع

١. ٥ بيان الخلاف في البدء بالجمع قبل الترجيح عند حصول التعارض

وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب هي :

- منهج الحنفية ، وأدلتهم .
- منهج الجمهور ، وأدلتهم .
- الترجيح بين المنهجين .

تمهيد

إذا ظهر التعارض بين البيانات فقد اختلف الفقهاء في الموقف الذي يقفه القاضي من ذلك التعارض ، وهذا الخلاف مبني على الخلاف الأصولي في موقف المجتهد من الأدلة الشرعية عند ظهور التعارض بينها ، فللحنفية منهج يسير عليه المجتهد خطوة خطوة ، ولجمهور الأصوليين من مختلف المذاهب الأخرى منهج آخر .

وفي هذا المبحث بيان المنهجين المذكورين والترجيح بينهما وذلك في المطالب الثلاثة الآتية :

١. ١. ٥ منهج الحنفية وأدلتهم عليه

- لما كان منهج الحنفية عند تعارض الأدلة الشرعية البدء بالبحث عن النسخ ، ثم الترجيح ، ثم الجمع ، فالتساقط^(١) - اتبعوا عند تعارض البيانات الطرق الآتية :

(١) فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ١٨٩ / ٢ ، التقرير والتجوير ٣ / ٣ لابن أمير الحاج ، طبعة أولى - الأميرية - ببولاق .

الطريق الأول : محاولة الترجيح بين البيّنات بطريق من طرق الترجيح التي ذكرها الفقهاء وسيأتي بيانها في الفصل القادم إن شاء الله .

الطريق الثاني : الجمع والتوفيق بين البيّنات وذلك إذا ما تعذر ترجيح بعضها على بعض على ما سيأتي في هذا الفصل .

الطريق الثالث : تساقط البيّنات إذا تعذر الترجيح بينها ولم يمكن العمل بجمعها^(١) .

واستدلوا على هذا الترتيب بما يلي :

١ - أنه إذا ترجح أحد الدليلين على الآخر ، فإن التعارض لم يحصل أصلاً فلا يعتبر هذا ترجيحاً لأن الترجيح مبني على التعارض والتعارض مبني على التساوي ، وعند الترجيح فلا تماثل ولا تعارض ، وإنما يعمل بالأقوى ويترك الأضعف ، لكونه في حكم العدم بالنسبة للأقوى ، يقول عبدعلي بن نظام الدين^(٢) في استدلاله على وجوب تقديم الترجيح على الجمع :

(والسرفيه أن المرجوح في مقابلة الراجح ليس دليلاً ، فليس في إهماله إهمال دليل)^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٣٢ ، القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله لهرموش ٤٥٣ .

(٢) هو عبدعلي محمد بن نظام الدين محمد الأنصاري الهندي أصولي حنفي من مصنفاته : (فواتح الرحموت - شرح مسلم الثبوت) توفي ١٢٢٥ هـ (ذيل كشف الظنون لإسماعيل باشا ٤ / ٤٨١) .

(٣) فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت له ٢ / ١٩٥ .

٢- ولأن البيئة حجة في الشرع ، وإذا ترجحت إحدى البيئات أصبحت متيقنة لأن الراجح ملحق بالمتيقن في الأحكام الشرعية ، فيجب العمل به ، بل إن تركه خلاف المعقول والإجماع^(١).

وفي بيان ترتيب الطرق على النحو المذكور ، وتعليل ذلك يقول الكاساني : (. . . فالأصل أن البيتين إذا تعارضتا في أصل الملك من حيث الظاهر ، فإن أمكن ترجيح إحداهما على الأخرى يعمل بالراجح ، لأن البيئة حجة من حجج الشرع ، والراجح ملحق بالمتيقن في أحكام الشرع ، وإن تعذر الترجيح ، فإن أمكن العمل بكل واحدة منهما من كل وجه ، وجب العمل بهما ، وإن تعذر العمل بهما من كل وجه وأمكن العمل بهما من وجه ، وجب العمل بهما ، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان ، وإن تعذر العمل بهما أصلاً سقط اعتبارهما وألحقنا بالعدم ، إذ لا حجة مع المعارضة كما لا حجة مع المناقضة)^(٢).

٥ . ١ . ٢ منهج الجمهور

أما الجمهور من مختلف المذاهب الأخرى وعبدالعزیز البخاري^(٣) من الحنفية فقد ذهبوا إلى ترتيب آخر جرياً مع قواعدهم في التعارض بين الأدلة أنه يبدأ بالجمع ، ثم الترجيح ثم النسخ ثم التساقط^(٤).

(١) المرجع السابق ، بدائع الصنائع ٦ / ٢٣٢ .

(٢) بدائع الصنائع له ٦ / ٢٣٢ .

(٣) هو عبدالعزیز بن أحمد بن محمد البخاري ، علاء الدين ، الحنفي ، الفقيه الأصولي له (كشف الأسرار عن أصول البزدری) وغيره توفي ٧٣٠هـ (الجواهر المضیئة ٢ / ٤٢٨ ، تاج التراجم ٣٥) .

(٤) (اللمع في أصول الفقه للشيرازي ٨٣ طبعة أولى ١٤٠٥ هـ دار الكتب العلمية بيروت . المستصفي ٢ / ٣٩٥ ، إرشاد الفحول ٢٤٤ ، كشف الأسرار للبخاري ٣ / ٧٨ .

فقالوا : إذا تعارضت البيّنات في الدعوى فعلى القاضي أن يسلك هذه الطرق الثلاثة على هذا الترتيب .

الطريق الأول : محاولة الجمع والتوفيق بين البيّنات المتعارضة بوجه مقبول من وجوه الجمع الآتي ذكرها .

الطريق الثاني : إذا تعذر على القاضي الجمع بين البيّنات المتعارضة لجأ إلى الترجيح بوجه من وجوه الترجيح .

الطريق الثالث : إذا لم يمكن الجمع ولا الترجيح تساقطت البيّنات ولم يعمل بشيء منها ، أو استعملت بطريق القسمة ، أو القرعة ، أو يتوقف القاضي . في ذلك خلاف سيأتي بيانه .
واستدلوا على ذلك بما يأتي :

- ١ - بأن العمل بالدليلين خير من إعمال أحدهما وإهمال الآخر لأن الأصل في الدليلين إعمالهما ، فإن تعذر إعمالهما ، رجع إلى الترجيح بينهما .
- ٢ - ولأن الجمع بين حقوق الناس عند تعارضها لازم ، ولا يجوز حرمان أحدهم منها^(١) .

وأسوق بعض النصوص من كلام أصحاب هذا الترتيب توضح منهجهم :

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٠٧ ، الوسيط في أصول الفقه لوحة الزحيلي ٦٣٩ .

يقول إمام الحرمين^(١) في كلامه على طرق دفع التعارض :

(فإن أمكن الجمع بينهما - أي المتعارضين - جمع بينهما بحمل كل منهما على حال ، وإن لم يمكن الجمع بينهما يتوقف فيهما إن لم يعلم التاريخ إلى أن يظهر ترجيح أحدهما)^(٢) .

ويقول ابن فرحون (إذا تعارضت البيتان ، وأمكن الجمع بينهما جمع ، وإن لم يمكن رجوع إلى الترجيح إن أمكن . وإذا لم يمكن الترجيح بين البيتين سقطتا)^(٣) .

وجاء في مختصر خليل (وإن أمكن جمع بين البيتين جمع وإلا رجح)^(٤) .

وقد درج شراحه من بعده على الترتيب نفسه^(٥) .

(١) هو عبد الملك بن عبد الله بن يوسف ، أبو المعالي الجويني ، ضياء الدين ، المعروف بإمام الحرمين ، فقيه أصولي ، شافعي ، من مصنفاته : (نهاية المطلب في دراية المذهب) ، و (الشامل) و (البرهان) في الأصول توفي ٤٧٨ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شهاب ١ / ٢٥٥ ، شذرات الذهب ٣ / ٣٥٨) .

(٢) الورقات له بهامش إرشاد الفحول ١٦٧ ، طبعة دار المعرفة ، بيروت .

(٣) تبصرة الحكام له ١ / ٣٠٩ ، ٣١١ .

(٤) أنظر ص ٢٧ .

(٥) مواهب الجليل على مختصر خليل ٦ / ٢٠٨ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٢١٩ ، بلغة السالك ٢ / ٣٧٣ ، جواهر الإكليل على مختصر خليل ٢ / ٢٤٩ .

٥ . ١ . ٣ الترجيح بين المنهجين

بعد إمعان النظر في المنهجين المتقدمين وفيما استدل به أصحاب كل منهما اتضح أن منهج الجمهور أولى بالسير عليه من مذهب الحنفية لما يلي :

أولاً : لأن التعارض يحصل في الظاهر للقاضي ، فإذا أمكنه رفعه بالجمع بين البيّنات أصبح أمامه بيّنات صحيحة توفرت فيها الشروط ، وانتفت عنها الموانع فيجب العمل بها جميعاً ، ولا يجوز ترك بعضها بترجيح بعض آخر عليه ، مادام كل منها ممكناً فوجب الجمع أولاً .

ثانياً : ولأن الأصل في البيّنات أن تحمل على السلامة والصحة فيجب العمل بها معاً لكنه إذا تعذر ذلك ، وتحقق التعارض من كل وجه بأن أثبتت كل بيّنة ما تنفيه الأخرى فحينئذ يلجأ إلى الترجيح ^(١) .

ثالثاً : وللقاعدة الكلية القاضية بأن إعمال الكلام أولى من إهماله ، وفي الجمع بين البيّنات إعمال لجميع الكلام وفي ترك الجمع بينها إهمال لبعضه ^(٢) .

ونظراً لما تقدم فقد اخترت المنهج الأخير الذي سلكه الجمهور وعليه رتبت فصول البحث في طرق دفع التعارض .

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٠٧ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٣٥ ، وانظر كتاب القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله لهرموش ٤٥٦ .

٥ . ٢ . حقيقة الجمع

- وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب هي :
- التعريف بالجمع وبيان المراد به هنا .
 - حكم الجمع ، وشروطه .
 - أمثلة متنوعة على ما يمكن الجمع بينه من البيانات المتعارضة .

٥ . ٢ . ١ التعريف بالجمع لغة واصطلاحاً وبيان المراد به هنا

الجمع لغة : يقول ابن فارس إنه تأليف المفترق ، والمجموع ما جمع من ها هنا وها هنا وإن لم يجعل كالشيء الواحد ، وجماع الناس أخلاطهم من قبائل شتى وكل ما تجمع وانضم بعضه إلى بعض ^(١) .

ويقول صاحب اللسان « والجمع مصدر قولك جمعت الشيء .

والجمع أن تجمع شيئاً إلى شيء » ^(٢) .

واصطلاحاً :

لم أقف له على تعريف بالمعنى الاصطلاحي فيما وقفت عليه من كتب المتقدمين إلا أنه يمكن تعريفه بأنه (هو التوفيق بين مدلولات الحجج المتعارضة في الظاهر بوجه من الوجوه بحيث يزول التعارض ويمكن العمل بالحجج كلها) .

(١) معجم مقاييس اللغة ١ / ٤٧٩ ، (جمع) القاموس المحيط ٣ / ١٤ (جمع) .

(٢) لسان العرب ١ / ٤٩٨ ، ٥٠٠ (جمع) .

والتوفيق في اللغة يقول عنه ابن فارس : (الواو والفاء والقاف كلمة تدل على ملاءمة الشيئين ، منه الوفق : الموافقة . واتفق الشيئان تقارباً وتلاءماً)^(١) .

- والمدلولات جمع مدلول ، وهو المعنى الذي يفيد اللفظ .

- وقولنا : المتعارضة في الظاهر يشير إلى أن التعارض في حالة إمكان الجمع إنما هو ظاهري فقط ، فإذا جمع بين الحجج زال التعارض .

- بوجه من الوجوه : أي بوجه من وجوه الجمع الآتي ذكرها .

وذلك بإعمال كل منها فيما أثبتته من كل وجه إذا أمكن فإن تعذر العمل بها من كل وجه ، وأمکن العمل بها من وجه ، وجب العمل بها ، لأن العمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان^(٢) .

٥ . ٢ . ٢ حكم الجمع وشروطه

إن الفقهاء- وإن اختلفوا في تقديم الجمع بين البيّنات على الترجيح بينها - لم يختلفوا في طلب الجمع والتوفيق سواء أكان الجمع بعد حصول التعارض الظاهري وقبل الترجيح كما يقول الجمهور- أم بعد تعذر الترجيح بين البيّنات- كما يقول جمهور الحنفية^(٣) .

وقد دل على مشروعية الجمع بين البيّنات أدلة كثيرة منها :

(١) معجم مقاييس اللغة ٦/ ١٢٨ (وفق) ، وانظر لسان العرب ٣/ ٩٥٩ (وفق) .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢ .

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢ ، مواجب الجليل ٢/ ٢٤٩ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩ ، شرح العبادي على الورقات بهامش إرشاد الفحول ١٦٧ ، اللمع ٨٣ ، مغنى المحتاج ٤/ ٤٨٠ ، المغني ٩/ ٢٧٩ .

١- أن الأصل في البيّنات الشرعية الإعمال ، فإذا كانت البيّنات متوفرة فيها الشروط منتفية عنها الموانع ، فإنه يجب العمل بها بقدر الإمكان كما تقدم .

٢- وكذلك فقد قرر علماء الأصول أن الأصل في الأدلة الإعمال^(١) .
وإذا كانت الأدلة المتعارضة يجب العل بها والتوفيق بينها بقدر الإمكان فكذلك البيّنات المتعارضة يجب التوفيق بينها ولو بوجه من الوجوه .
٣- ولما تقدم من أن الجمع بين حقوق الناس عند تعارضها لازم ولا يجوز حرمان أحدهم منها ، وفي عدم إعمال البيّتين مع إمكانه تضييع لبعض الحقوق .
إلا أن هناك شروطاً لا بد من توفرها ليتأتى الجمع بين البيّنات المتعارضة ومن تلك الشروط :

١- أن تكون البيّنات المتعارضة مقبولة كلها شرعاً ، بحيث لو انفردت إحداها لحكم لصاحبها بموجبها ، فإذا لم تكن إحدى البيّتين مقبولة فلا تعارض ولا جمع وتقدم المقبولة على غيرها لأن الضعيف في مقابلة الصحيح لا تأثير له .
٢- أن لا يكون تعارض البيّتين على سبيل التناقض والتضاد بحيث يستحيل الجمع بينهما لأن كلا منهما قد دلت على نفي جميع ما دلت عليه الأخرى . كما إذا اختلف اثنان في نكاح امرأة ، وشهدت لكل منهما بيّنة على أنه زوج لها ، ففي هذه الحالة يتعذر العمل بالبيّتين معاً ، لأن المحل غير قابل للاشتراك ، فيفرق القاضي بينهم حيث لا مرجح ، ولا شيء عليهما .

(٢) اللمع ٨٣ ، المستصفي ٣٩٥ / ٢ ، إرشاد الفحول ٢٤٤ ، كشف الأسرار ٣ / ٧٨ .

٣- أن لا يؤدي الجمع بين البيتين إلى بطلان واحدة منهما بالكلية ، وذلك لأن المقصود من الجمع بين البيتين العمل بهما معاً فإذا بطلت إحداهما انتفي ذلك .

٤- التساوي بين البيتين المتعارضتين في القوة حتى يمكن العمل بها معاً ، فإذا كانت إحداهما أقوى من الأخرى عمل بها وألغيت الأخرى . . . فهذه أهم الشروط التي إذا تخلف أحدها فلا سبيل إلى الجمع^(١) .

٥ . ٢ . ٣ أمثلة متنوعة لما يمكن الجمع بينه من البيانات

إذا أمكن الجمع بين البيانات المتعارضة في الظاهر جمع بينها بحمل كل منها على مدلولها ، إن توفرت فيها الشروط المشار إليها فيما سلف وإليك بعض الأمثلة التي توضح ذلك :

١- إذا شهدت بينة أنه أسلمه هذا الثوب في مائة إردب^(٢) . وشهدت بينة أخرى أنه أسلمه ثوبين غيره في مائة ، فإنه يعمل بالبيتين معاً وتلزمه الأثواب الثلاثة في مائتي إردب ، ويحملان على أنهما سلمان ، لأن كل بينة شهدت بغير ما شهدت به الأخرى^(٣) .

٢- إذا تكلم شخص بكلامين في مجلسين فشهدت بينة بأنه إنما طلق زوجته ولم يعتق عبده ، وشهدت بينة أخرى بأنه إنما أعتق عبده فلاناً ولم يطلق زوجته ، فإنه يعمل بالبيتين معاً فتطلق الزوجة ويعتق العبد^(٤) .

(١) المهذب ٢/ ٣٤٠ ، وانظر أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٥ .

(٢) الإردب مكيال ضخمة لأهل مصر ويضم أربعة وعشرين صاعاً (انظر الصحاح ١/ ١٣٥ ، القاموس المحيط ١/ ٧٥) .

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩ ، حاشية الدسوقي ٤/ ٢٢٩ ، البهجة في شرح التحفة ١٤٨/ ٢ .

(٤) تبصرة الحكام ١/ ٣٤٣ ، ٣٤٤ ، الكواكب الدرية في فقه المالكية ٤/ ٥٦ ، طبعة ثالثة ، ١٤٠٠ هـ ، مكتبات الكليات الأزهرية .

٣- ومثال اعمال البيتين من وجه :

- إذا تنازع اثنان داراً وكل منهما يضع يده على نصفها وأقام كل منهما بينة على ملكيته لكامل الدار فإنه يعمل بالبيتين معاً من بعض الوجوه وذلك عن طريق القسمة^(١).

٣ . ٥ طرق الجمع

وتم تقسيمه إلى اربعة مطالب هي :

- الجمع عن طريق التخصص .
- الجمع عن طريق التقييد .
- الجمع باختلاف الحال .
- الجمع بالتوزيع .

تمهيد

يدفع التعارض عن طريق الجمع بين الحجج المتعارضة بحيث يعمل بكل واحدة منها سواء أكان التعارض بين حجتين ، أم بين أكثر ، وسواء أكان التعارض بين الأدلة الشرعية ، أم بين وسائل الإثبات التي يستعملها القضاة .

وقد تكلم علماء الأصول على طرق الجمع بين الأدلة وأولوها عناية كبيرة لم يولها لها الفقهاء ، مع أن ما ينطبق على الأدلة من حالات إمكان الجمع بينها ينطبق الكثير منه على وسائل الإثبات ، فإذا كانت الأدلة منها العام والخاص والمطلق والمقيد . . . فإن وسائل الإثبات هي الأخرى ترد

(١) نهاية الفصول في شرح منهاج الأصول للأسنوي ٤ / ٤٥٠ ، الناشر جمعية نشر الكتب العربية بالقاهرة ١٣٤٥ هـ ، المطبعة السلفية ومكتبتها .

بأساليب مختلفة ومتنوعة فتصريحات الشهود والأقارير ، والقرائن . . . كل ذلك قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً ، وقد يكون مطلقاً أو مقيداً ، كما قد يختلف حكم المتعارضين منها أو حالهما ، وهذا كما يحصل بين الأدلة الشرعية التي هي محل بحث علماء الأصول ، وقد ذكروا أنواعاً عديدة للجمع واكتفي بذكر أشهرها مراعاة للاختصار ، مركزاً على ما يمكن أن يستعمله القاضي من الطرق للجمع بين البيّنات المتعارضة ، ونظراً لأنني لم أجد أمثلة للجمع في كتب الفقه فقد عمدت إلى كتب الأصول فأخذت منها أمثلة أصولية ثم وضعت أمثلة فرضية من عندي بالنسبة لمسائل الفقه على غرار الأمثلة الأصولية .

وأشهر طرق الجمع ما أبينه في المطالب الآتية :

٥ . ٣ . ١ الجمع عن طريق التخصيص

الجمع عن طريق التخصيص ، وذلك إذا كان المتعارضان أحدهما عام والآخر خاص فإن العام يدخل عليه التخصيص بذلك الخاص فيعمل بالعام فيما بقي بعد التخصيص ويعمل بالخاص فيما يتناوله لفظه من أفراد العام^(١) .
مثال ذلك في الأدلة قوله تعالى : ﴿والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء﴾^(٢) .

فهذه الآية عامة في كل المطلقات : الحامل وغيرها والمدخول بها وغير المدخول بها وقال تعالى ﴿وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن﴾^(٣) .
فهذه الآية خاصة في بيان عدة الحامل وأنها وضع الحمل .

(١) فوائح الرحموت شرح مسلم الثبوت ٢ / ١٩٤ .

(٢) سورة البقرة ، الآية رقم ٢٢٨ .

(٣) سورة الطلاق ، الآية رقم ٤ .

وقال في آية أخرى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمَنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعْتَدُونَهَا﴾^(١). وهذه الآية خاصة أيضاً في المطلقة قبل الدخول وأنها لا عدة لها.

ظاهر الآيات يوهم أنه يوجد تعارض بين عموم آية البقرة، والمدلول الخاص لكل من الآيتين الأخيرتين، لكن العلماء جمعوا بين الآيات بأن العام في الأولى مخصوص بما في الآيتين الأخيرتين، فيعمل بالآيتين الأخيرتين فيما دلتا عليه ويعمل بالآية العامة (الأولى) فيما وراء الخاص^(٢).

وبهذا تكون الأدلة المتعارضة في الظاهر قد جمع بينها عن طريق التخصيص.

وكذلك يجمع بين البيئات عن طريق التخصيص كما في المثال الآتي :

إذا كان لزيد أربع زوجات فشهدت بيته أنه طلق زوجاته، وشهدت بيته أخرى أنه طلق ثلاثة، فلانة وفلانة وفلانة.

فإن البيئتين يجمع بينهما عن طريق التخصيص، فتخصص الأولى بالثانية، ويعمل بهما في طلاق الزوجات الثلاث المسميات، وتبقى الرابعة في عصمته، وهذا إذا لم ترافعه الرابعة.

٥ . ٣ . ٢ الجمع عن طريق التقييد

الجمع عن طريق التقييد فإذا كان المتعارضان أحدهما مطلق والآخر مقيد، فإنه يجمع بينهما بحمل المطلق على المقيد، فيزول التعارض بذلك الحمل.

(١) سورة الأحزاب، الآية رقم ٤٩.

(٢) حاشية البناني على شرح المحلي على جمع الجوامع ١/ ٢٣.

- ويمكن التمثيل لهذا النوع في الأدلة بقوله تعالى :

﴿ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة﴾^(١).

وقوله في كفارة الظهار ﴿والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا﴾^(٢).

فالرقبة في الآية الأولى مقيدة بالإيمان وفي الآية الثانية مطلقة فيحمل المطلق على المقيد.

وهذا على مذهب القائلين به في الآيتين^(٣).

- ومثاله في الشهادة أن تشهد بينة أن زيداً قتل رجلاً، وتشهد بينة أخرى أنه قتل رجلاً من بني فلان واتفقت البيتان في الزمان والمكان والأوصاف الأخرى، فتحمل البينة المطلقة على البينة المقيدة ويعمل بهما ويعتبر المقتول رجلاً واحداً من بني فلان.

٥ . ٣ . ٣ الجمع باختلاف الحال

الجمع باختلاف الحال، وذلك إذا كان المتعارضان يمكن حمل أحدهما على حال والآخر على حال أخرى.

- ومثال ذلك في الأدلة قوله - صلى الله عليه وسلم - (إذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ببول ولا غائط، ولكن شرقوا أو غربوا)^(٤).

(١) سورة النساء ، الآية رقم ٩٢ .

(٢) سورة المجادلة ، الآية رقم ٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٥ / ٣١٤ ، ج ١٧ ، ص ٢٧٢ .

(٤) أخرجه الجماعة (انظر صحيح البخاري مع الفتح ١ / ٢٤٥ ، صحيح مسلم ١ / ٢٢٤ ،

سنن الترمذي ١ / ٨ ، سنن أبي داود ١ / ٢٤ ، سنن ابن ماجه ١ / ١١٥ ، سنن النسائي

١ / ٢٢ ، الموطأ ١ / ١٩٣ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١ / ٢٧٠ ، ٢٧٣).

وعن ابن عمر - رضي الله عنهما - أنه قال (ارتقيت فوق ظهر بيت حفصة لبعض حاجتي فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم - يقضي حاجته مستدبر القبلة مستقبل الشام)^(١).

فالحديثان متعارضان في حكم استقبال القبلة واستدبارها عند قضاء الحاجة فحرم ذلك الحديث الأول، وأجازته الحديث الثاني، لكن جمع بينهما بحمل النهي في الحديث الأول على حال قضاء الحاجة في الصحراء دون سائر وحمل حديث ابن عمر على حال قضاء الحاجة في البنيان^(٢).

- ومثاله في البيئات إذا شهدت بينة للمدعى بالملك وشهدت أخرى للمدعى عليه بالحوز فقط، فإن البيئتين تصدقان معاً لأن الحوز يكون عن ملك وعن غير ملك فأمكن حمل كل واحدة منهما على حال.

وقريب منه الجمع باختلاف الحكم، والجمع باختلاف المحل :

- فمثال الجمع باختلاف الحكم إذا شهدت بينة أنه طلق زوجته وشهدت أخرى أنه أعتق عبده، فيجمع بين البيئتين وتطلق الزوجة ويعتق العبد لأن الحكمين - وهما الطلاق والعتاق - مختلفان^(٣).

(١) أخرجه الجماعة (انظر صحيح البخاري مع الفتح ١/ ٢٥٠، صحيح مسلم ١/ ٢٢٥، سنن الترمذي ٩/ ١، سنن أبي داود ١/ ٣٠، ٣١، سنن ابن ماجه ١/ ١١٦، سنن النسائي ١/ ٢٣، ٢٤، الموطأ ١/ ١٩٤، الفتح الرباني ترتيب المسند ١/ ٢٧٤. (٢) فتح الباري ١/ ٢٤٥ - ٢٥٠، نيل الأوطار ١/ ٩٥، سبل السلام شرح بلوغ المرام للصنعاني ١/ ١٤٧، بتعليق محمد سلامة طبعة جامعة الإمام. (٣) تبصرة الحكام ١/ ٣٤٤.

- ومثال الجمع باختلاف المحل :

إذا شهدت بينة أنه طلق زوجته الكبرى وشهدت أخرى أنه طلق الصغرى فإنه يجمع بينهما ويقع طلاق الاثنتين معاً^(١).

٥ . ٣ . ٤ الجمع بالتوزيع

الجمع بالتوزيع وهو قريب من الجمع بالتنويع ، اذ معناه أن يجعل بعض أفراد الحكم ثابتاً بأحد المتعارضين وبعضها منفيّاً بالمعارض الآخر .

- ويمكن التمثيل لهذا النوع من الجمع بين الأدلة بما روي عن عبدالله بن عمر - رضي الله عنهما - عن حفصة - رضي الله عنها - قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من لم يُجمع الصيام قبل الفجر فلا صيام له)^(٢) .

وما روي عن عائشة - رضي الله عنها - أنه صلى الله عليه وسلم - كان يدخل على بعض أزواجه فيقول : (هل من غداء) فإن قالوا لا قال (فإني صائم)^(٣) .

فالحديثان متعارضان حيث دل الأول على اشتراط تبين النية لصحة الصوم ، ودل الثاني على عدم اشتراط ذلك ، وقد جمع بينهما بحمل حديث ابن عمر - الذي يدل على اشتراط تبين النية على الصوم الواجب ، فيشترط لصحته تبين النية ، ويحمل الحديث الثاني على صوم النافلة فلا يجب له التبين للنية^(٤) .

(١) مواهب الجليل ٢٠٨/٦ .

(٢) أخرجه الترمذي وأبوداود والنسائي وأحمد من حديث حفصة ، وقال الترمذي مرفوعه غريب وسكت عنه أبوداود (سنن الترمذي ١١٧/٢ ، سنن أبي داود ٣٣٠/١١ ، سنن النسائي ١٩٦/٤ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢٧٥/٩ .

(٣) أخرجه مسلم ٨٠٨/٢ ، أبوداود ٣٣٢/١١ ، الترمذي ١١٨/٢ ، النسائي ١٩٣/٤ ، أحمد الفتح الرباني ٢٧٧/٩ .

(٤) نيل الأوطار ٢٦٩/٤ - ٢٧١ .

- ومثال الجمع عن طريق التوزيع في تعارض البيانات :

إذا تداعى اثنان بستانين أحدهما نخل والآخر كرم وليسا تحت يد أحدهما وشهدت لكل واحد منهما بينة أن البستانين ملك له ، والبستانان متجاوران ، فيجمع بين البينتين بإعطاء بستان النخل لأحدهما وبستان الكرم للآخر بالقرعة .

- تلك أشهر الطرق التي تسلك للجمع بين الحجج المتعارضة ويتوقف تطبيقها على مدى معرفة المجتهد أو القاضي وللفطنة والذكاء دور كبير في هذا المجال .

وقد يختلف العلماء في نوعية الجمع في المثال الواحد للمتعارضين فيجمع بينهما بطريق غير التي جمع بها غيره بينهما .

إلا أن ذلك بالنسبة للجمع بين البيانات اختلاف في الاصطلاح لا مشاحة فيه .

رَفْعُ
عبد الرحمن النخعي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الفصل السادس

- ٦ . ١ الترجيح بسبب الملك
- ٦ . ٢ الترجيح بزيادة العدالة
- ٦ . ٣ الترجيح بزيادة العدد
- ٦ . ٤ الترجيح بقوة الحجة
- ٦ . ٥ الترجيح بالتاريخ
- ٦ . ٦ ترجيح البيئة المثبتة، أو المتضمنة زيادة،
أو الناقلة عن الأصل .
- ٦ . ٧ ترجيح بيئة الملك على بيئة الحوز
- ٦ . ٨ الترجيح باليد
- ٦ . ٩ الترجيح بالقرائن العرفية
- ٦ . ١٠ اليمين مع الترجيح

رَفَعُ
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

دفع التعارض بطريق الترجيح

تمهيد في تعريف الترجيح وبيان حكمه

الترجيح لغة التميل والتغليب مأخوذ من قولهم : رجع الميزان إذا زادت إحدى كفتيه حتى مالت وثقلت .

جاء في الصحاح : (رجح الميزان يرجح ويرجح ويرجح رجحانا أي مال وأرجحت لفلان ورجحت ترجيحاً إذا أعطيته راجحاً) ^(١) .

وفي المصباح المنير (ورجحت الشيء بالثقل فضلته وقوته) ^(٢) .

فكأن البيانات المتعارضة إذا زادت إحداها في الفضل وقويت مالت ورجحت بغيرها كما تميل إحدى كفتي الميزان إذا ثقلت .

واستعمال الرجحان حقيقة إنما هو في الأعيان الجوهرية ثم استعمل في المعاني مجازاً ^(٣) .

- واصطلاحاً : (تقوية أحد المتعارضين على الآخر ، ليعلم الأقوى فيعمل به وي طرح الآخر) ^(٤) .

فلا بد من وجود بيتين فأكثر ليرجح بينهما ، فإن لم تقم إلا بينة واحدة فلا حاجة إلى الترجيح ، وكذلك لا بد من حصول التعارض بينهما ، وألا يمكن الجمع بينهما عند القائلين بأنه لا ترجيح إلا بعد تعذر الجمع ^(٥) .

(١) الجوهرى ١/ ٣٦٤ ، (رجح) ، القاموس المحيط ١/ ٢٢٩ (رجح) .

(٢) المصباح المنير ١/ ١٠٠ (رجح) .

(٣) المعجم الوسيط ١/ ٣٢٩ .

(٤) المحصول في علم أصول الفقه للرازي تحقيق طه العلواني ج ٢ ق ٢ ص ٥٢٩ طبعة جامعة الإمام ١٤٠٠ هـ ، الأسنوي على المنهاج ٣/ ١٥٥ ، شرح الكواكب المنير ٤٢٨ ، إرشاد الفحول ٢٤١ .

(٥) كشف الأسرار ٣/ ٧٨ ، جواهر الإكليل ٢٤٩ ، شرح الورقات بهامش إرشاد الفحول ١٦٧ ، بلغة السالك ٢/ ٣٧٣ .

وقد اتفق الفقهاء على ترجيح إحدى البيّنات على الأخرى عند التعارض بينها بغض النظر عن كون الترجيح بعد تعذر الجمع أو قبله^(١).
- ولما كانت طرق الترجيح لا تدخل تحت حصر، وتختلف باختلاف الدعوى وموضوعها^(٢). فسأفرد أهم المرجحات بالبحث والدراسة نظراً لأن البقية تدخل تحتها وذلك في المباحث الآتية :

٦ . ١ . الترجيح بسبب الملك

- وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب هي :
- ترجيح البيئة التي ذكرت السبب على التي أطلقت
 - اختلاف السبب، والترجيح بالسبب الأقوى
 - الترجيح بالتنازع

٦ . ١ . ١ . ترجيح البيئة التي ذكرت السبب على التي أطلقت

- عند تعارض البيّنات وطلب الترجيح بينها بسبب الملك فإن الأمر لا يخلو من حالات ثلاث بالنسبة لذكرها لسبب الملك وعدم ذكرها له :
- الحالة الأولى : ألا تذكر واحدة من البيّنات سبب الملك للشيء المتنازع فيه .
- الحالة الثانية : أن تذكر إحدى البيّتين مثلاً، سبب الملك وتطلق الأخرى .
- الحالة الثالثة : أن تذكر كل من البيّتين سبب الملك وفي هذه الحالة إما أن

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢، مواهب الجليل ٦/ ٢٠٨، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩،
اللمع ٨٣، المستصفي ٢/ ٣٩٥، المغني ٩/ ٢٧٦، إرشاد الفحول ٢٤٤ .
(٢) البحر الرائق ٧/ ٢٣٧، الطريقة الواضحة ١٢، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩،
الفروق ٤/ ٦٢، المغني ٩/ ٢٨٠ .

يكون السببان مختلفين كسراء وهبة ، أو متحدين كأن تقول كل بينة إن المشهود له اشترى .

وسواء أكان السببان مختلفين أم لا؟ فيما أن يُنسب لاثنين أو يُنسب لشخص واحد ، ففي الحالة الأولى وهي عدم ذكر أي من البيتين سبباً للملك فإنه يبحث عن مرجع آخر غير سبب الملك .

وفي الحالة الثانية وهي أن ذكرت إحدى البيتين سبب الملك وأطلقت الأخرى ، فترجح التي ذكرت السبب على التي لم تذكره ^(١) .

مثال ذلك : إذا شهدت بينة بأن هذا ملك لزيد وأطلقت ، وشهدت أخرى بأنه ملك لعمرو ، وبيئت سبب ملكه بأن قالت نسجه أو كتبه أو ورثه أو نتج عنده أو اصطاده - مثلاً - فإنها تقدم على من أطلقت لزيادتها بيان سبب الملك ، فهي تتضمن زيادة علم وهو معرفة السبب والأخرى خفي عليها ذلك ^(٢) .

الحالة الثالثة : وأما إن ذكرت كل بينة سبب الملك فذلك ما سيأتي بحثه في المطلب الثاني :

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢ ، وما بعدها ، بلغة السالك ٢/ ٣٧٣ ، تبصرة الحكام ١/ ٣١٠ ، التاج والإكليل لمختصر خليل للمواق بهامش مواهب الجليل ٦/ ٢٠٧ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٠٦ ، حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج بشرح المنهاج لابن حجر الهيتمي ١٠/ ٣٢٧ ، الفروع لابن مفلج ٦/ ٥٤٠ ، المغني ٩/ ٢٨١ ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجعة ١٣٥ وما بعدها وفي رواية للحنابلة أنه لا يرجح بذلك (المغني ٩/ ٢٨١) .

(٢) المراجع السابقة .

٦ . ١ . ٢ اختلاف السبب والترجيح بالسبب الأقوى

للملك أسباب كثيرة منها : الشراء ، والهبة ، والصدقة ، والإرث والنتاج والمهر . . . وتتفاوت هذه الأسباب قوة وضعفاً كما سيأتي :

وإذا تعارضت بيتان في ملك ، وذكرت كل منهما سببه ، فإما أن يكون سبب الملك متحداً كأن تثبت بينة أن العين ملك لزيد اشتراها ، وتثبت بينة أخرى أن العين ملك لعمر واشتراها ، أو تقول إحدى البيتين إن العين وهبت لزيد ، وتقول الأخرى إنها وهبت لعمر فلا ترجيح بين السببين هنا لاتحادهما إلا إذا كان بمرجح خارج عن ذات السبب ^(١) .

وأما إذا كان سبب الملك مختلفاً ، فلا يخلو الحال من أحد أمرين :

الأمر الأول : أن تنسب كل بينة سبباً لشخص غير الذي نسبته إليه الأخرى فيعمل بكل بينة بغض النظر عن قوة السبب وضعفه .

مثال ذلك :

إذا ادعى رجل أن هذه الدار ملكه اشتراها من فلان ، وأقام آخر بينة أنها ملكه وهبها له فلان آخر ، وقبضها منه وأقام كل منهما البينة على دعواه ، قضى بالدار بينهما نصفين بغض النظر عن أن البيع أقوى من الهبة .

وكذا الوادعي ثالث أنه ورثها عن أبيه فإنها تقسم بينهم أثلاثاً ^(٢) .

الأمر الثاني : أن تنسب كل بينة السبب للشخص نفسه الذي نسبته إليه الأخرى وفي هذه الحالة ينظر إلى الأسباب .

(١) مجمع الأنهر ٢/ ٢٧٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٩ ، مجمع الأنهر ٢/ ٢٧٦ ، الأصول القضائية لعلي

قراءة ٢٣٠ ، ٢٣١ .

فإن كان بعضها أقوى من بعض قدم الأقوى وحكم لصاحبه، وإن كانت الأسباب متساوية في القوة، عمل بها على قدر الإمكان، أو طلب مرجح آخر .

وفيما يلي بيان مراتب بعض أسباب الملك، والتمثيل لتعارضها مع بيان الحكم حينئذ :

- فالشراء أقوى من الهبة والصدقة، لأن الشراء عقد ضمان يوجب الملك في العوضين بنفسه والهبة عقد تبرع لا يوجب الملك إلا بالقبض .
- والرهن وإن كان أضعف من الشراء إلا أنه أقوى من الهبة والصدقة أيضاً .
لأن الرهن عقد ضمان والهبة والصدقة عقدا تبرع وعقد الضمان أقوى من عقد التبرع، ولأن الرهن يثبت بدلين : أحدهما الشيء المرهون والثاني الدين، والهبة لا تثبت إلا بدلاً واحداً وكذلك الصدقة فكان الرهن أقوى منهما .

- والنكاح سبب أقوى من الهبة والصدقة والرهن، فهو كالشراء لأنه يوجب الملك بنفسه .

- وإذا كان الشراء أقوى من كل ما تقدم من الأسباب فإن العتق أقوى منه .

لأن العتق لا يحتمل النقض بعد وقوعه بخلاف الشراء .

ولأن العتق ينفرد به المعتق، والشراء لا يتم إلا بالإيجاب والقبول .

ولأن العبد بمجرد العتق يصير قابضاً لنفسه^(١) .

وأما الهبة والصدقة فهما سواء لما تقدم .

(١) المبسوط للسرخسي ١٧/٥٩-٦١، بدائع الصنائع ٦/٢٣٩، مجمع الأنهر ٧٤/٢، ٧٥ .

فإذا نسبت إحدى البيتين الملك إلى سبب ونسبته الأخرى إلى سبب آخر عمل بالبينة ذات السبب الأقوى ، وان تساوت الأسباب في القوة عمل بالبيتين معاً بقدر الإمكان مثال ذلك :

١- ادعى أحدهما الملك بالشراء من فلان وادعى الآخر الملك بالهبة والقبض منه وأقاما بيتين على ذلك قدمت بينة الشراء - لما تقدم .

٢- ادعى أحدهما الملك من فلان بالشراء والآخر الملك منه بالصدقة والقبض قدمت بينة الشراء أيضاً .

٣- ادعى أحدهما شراء عين من فلان وادعى الآخر ارتهانها وقبضها منه قدمت بينة الشراء كذلك .

٤- ادعى أحدهما الرهن والقبض والآخر الهبة أو الصدقة والقبض قدمت بينة الرهن .

٥- ادعت امرأة أن فلاناً مهرها العين وادعى مدع آخر أن فلاناً ذلك وهبها له أو تصدق بها عليه وقبضها وأقام كل واحد منهما بينة . قدمت بينة المهر .

٦- إذا كانت أمة في يد رجل فأقام رجل آخر البينة على الشراء منه ، وأقامت الأمة البينة على العتق أو التدبير فإن بينة العتق أو التدبير أولى لما تقدم^(١) .

٧- ادعى أحدهما الملك بالهبة والقبض من فلان ، وادعى الآخر الملك بالصدقة والقبض من فلان هذا ، قضى بينهما نصفين لتساوي الصدقة والهبة في القوة^(٢) .

(١) المبسوط للسرخسي ١٧ / ٦٠ ، الطريقة الواضحة إلى البينة الراجحة ٢٥ ، ٩٣ .

(٢) المرجعين السابقين ، مجمع الأنهر ٢ / ٢٧٥ ، الأصول القضائية لقراءة ٢٣٠ ،

٦ . ١ . ٣ الترجيح بالتاج

التاج هو الولادة في الملك^(١)، ويلحق بذلك كل سبب من أسباب الملك لا يتكرر كالنسيج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة، كنسج الثياب القطنية وغزل القطن وحلب اللبن، وجز الصوف، واتخاذ الجبن ونحو ذلك .

وأما الأسباب التي تتكرر فلا تلحق بالنتائج وليست في معناه وذلك مثل البناء والغرس وزراعة الخنطة والحبوب .

وإن أشكل التكرار من عدمه رجع لأهل الخبرة فيه .

فلو تنازع اثنان وادعى أحدهما التاج أو ما في معناه، ولم يدعه الآخر، وأقام كل منهما بينة على صحة دعواه، قدمت بينة مدعي التاج، وإن برهنا معاً على التاج، ولم تكن العين بيد واحد منهما تساوت البينتان بالنسبة للتاج .

وأما إذا كانت بيد واحد منهما وبرهنا معاً على التاج فإنه يقضي بها لصاحب اليد^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٣٤ .

(٢) المرجع السابق ٦ / ٢٣٥، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام لمثلا خسرو ٢ /

٣٤٧، طبعة ثانية عثمانية ١٣١٧هـ، المبسوط ١٧ / ٦٤، رد المحتار ٥ / ٥٧٥،

٥٧٦، البهجة في شرح التحفة ١ / ١٦٤، بلغة السالك ٢ / ٣٧٣، أدب

القضاء لابن أبي الدم ٣٢٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ٥٠٦ شرح السنة

للبغوي ١٠ / ١٠٧، تحقيق شعيب الأرنؤوط طبعة أولى ١٣٩٦هـ، المكتب

الإسلامي .

١ - لما رواه جابر بن عبد الله ^(١) (أن رجلين تداعيا دابة وأقام كل واحد منهما البيئة أنها دابته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم - للذي هي في يديه) ^(٢) .

٢ - ولانعدام تصور السبق والتأخير في ملك التاج . لأنه لا يتكرر .

٣ - ولأن التاج لا يحتمل التكرار فبطل الترجيح من وجه آخر فترجح بيئة صاحب اليد باليد ^(٣) .

وحتى الخفية القائلون بأن بيئة صاحب اليد لا تسمع فإنهم استثنوا مسألة التاج هذه ، مع أن الأصل عندهم سماع بيئة الخارج فقط ، ولذلك قالوا :
ما لم يدع الخارج على ذي اليد فعلاً كغصب أو ودیعة أو إجارة ونحوها
فإن ادعى الخارج شيئاً من ذلك قضى له بالعين .

وقالوا أيضاً إن التاج مخصوص من القياس بالسنة فلا يلحق به إلا ما في معناه من كل وجه ^(٤) ، وضابط ما في معنى التاج عدم التكرار ، وقد يختلف باختلاف الأحوال والمتوجات فيرجع فيه لأهل الخبرة لأنهم أعرف به كما تقدم ^(٥) .

(١) جابر بن عبد الله بن عمرو بن حرام الأنصاري السلمي صحابي بن صحابي غزا تسع عشرة غزوة ، وكان من المكثرين في رواية الحديث توفي ٧٤ هـ وقيل ٧٨ هـ (تقريب التهذيب ١ / ٢٢ ، شذرات الذهب ١ / ٨٤) .

(٢) السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ٢٥٦ ، سنن الدارقطني ٤ / ٢٠٩ ، وإسناده ضعيف فيه إسحاق ابن أبي فروة قال الحافظ بن حجر إنه متروك (تقريب التهذيب ١ / ٥٩) .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٢٥ .

(٤) المبسوط ١٧ / ٦٤ ، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام ٢ / ٣٤٧ ، رد المحتار ٥ / ٥٧٥ ، ٥٧٦ .

(٥) مجمع الأنهر ٢ / ٢٧٩ .

٦ . ٢ . الترجيح بزيادة العدالة

وتم تقسيمه إلى ثلاث مطالب هي :

- المراد بالعدالة هنا ، وبم تكون زيادتها؟

- أقوال العلماء في الترجيح بزيادة العدالة ، مع الأدلة .

- الترجيح بين الأقوال .

٦ . ٢ . ١ بيان المراد بالعدالة هنا ، وبم تكون زيادتها؟

العدالة شرط لقبول الشهادة عند الجمهور ، والحنفية يرون أنها شرط
يوجب على القاضي الحكم ولكنها ليست شرطاً لقبول الشهادة ، وهي
اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر مع المحافظة على المروءة^(١) .

والمراد باجتناب الكبائر أن لا تصدر من الإنسان رأساً أو أن تكون قد
صدرت منه لكن عرفت توبته منها .

والمحافظة على المروءة المراد بها : المحافظة على فعل المباح الذي يوجب
تركه الذم عرفاً ، كترك الانتعال للمليء في بلد يرزى ذلك بمثله فيه .

وكذلك المحافظة على ترك المباح الذي يوجب فعله الذم عرفاً كالأكل
في السوق بالنسبة لمن ليس من أهلها ، وفي حانوت الطباخ لغير الغريب ،
إن كان ذلك عيباً في عرف أهل ذلك البلد - مثلاً ، ولا يضر الفعل النادر

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٠ ، رد المحتار ٥/ ٤٧٢ ، تبصرة الحكام ١/ ٢١٦ ، ٢١٧
بلغة السالك ٢/ ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٦٠ ، مغنى
المحتاج ٤/ ٤٢٧ ، المغني ٩/ ١٦٧ ، الفروع لابن مفلح ٦/ ٥٦٠ طبعة الثالثة
عالم الكتب ١٤٠٣ هـ .

لبعض المباحات القادحة ، لأنه إذا كانت الصغيرة إنما يشترط اتقاؤها في الغالب وعدم الإصرار عليها فأحرى المباح القادح في المروءة^(١) .

والعدالة تختلف من بلد إلى بلد ومن زمن إلى زمن .

فإذا كان البلد لا يوجد فيه من تتوفر فيهم الشروط المذكورة فإن القاضي يقبل أصلح أهل ذلك البلد وأقلهم فجوراً لئلا تضيع المصالح ، وإن كان مثلهم لا يقبل في بلد تتوفر فيه العدول .

ثم إن الإنسان لا يمكن أن يحض الطاعة والمروءة حتى لا يخالطهما غيرهما غالباً وحينئذ فإنه ينظر إلى ما هو أظهر وأغلب من أمره^(٢) ، ولذلك يقول الشافعي : (ليس من الناس أحد نعلمه إلا أن يكون قليلاً يحض الطاعة والمروءة حتى لا يخالطهما بمعصية ، ولا يحض المعصية وترك المروءة حتى لا يخالطها بشيء من الطاعة والمروءة ، فإذا كان الأغلب الأظهر من أمره الطاعة والمروءة قبلت شهادته ، وإذا كان الأغلب الأظهر من أمره المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته^(٣) .

ومن هنا كان التفاوت في العدالة محتملاً ومظنة الوقوع دائماً لأن الناس يتفاوتون في الطاعة والمروءة في نفس الأمر ، وكذلك ما يظهر لنا أنه الأغلب في حقهم ولكن على القاضي أن يحكم بما يظهر وليس مكلفاً بالبحث عن السرائر .

(١) مواهب الجليل ٦/ ١٥١ ، ١٥٢ ، البهجة في شرح التحفة ١/ ٨٦ ، ٨٧ ، القوانين الفقهية ٢٠٣ ، المغني ٩/ ١٦٨ ، ١٦٩ .

(٢) تبصرة الحكام ١/ ٢١٧ ، المحلى لابن حزم ٩/ ٣٩٣ .

(٣) شرح السنة للبخاري ١٠/ ١٢٧ .

لقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : (إن أناساً كانوا يؤخذون بالوحي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإن الوحي قد انقطع وإنما نأخذكم الآن بما ظهر لنا من أعمالكم فمن أظهر لنا خيراً أمناه وقربناه وليس إلينا من سريره شيء ، الله يحاسبه في سريره ، ومن أظهر لنا سوءاً لم نأمنه ولم نصدقه وإن قال إن سريره حسنة)^(١) .

وإذا كان الأمر كذلك فإن زيادة العدالة تكون بما يظهر في بعض الشهود من زيادة الورع ، والتقوى ، والصلاح ، والاستقامة ، والمروءة^(٢) .

٦ . ٢ . ٢ بيان أقوال العلماء في الترجيح بزيادة العدالة مع الأدلة

إذا تداعى اثنان شيئاً وأقام كل منهما بينة وكانت إحدى البينتين أكثر عدالة بما يظهر فيها من زيادة بعض ما تقدم من الأوصاف كزيادة ورع أو زيادة استقامة . . . فقد اختلف الفقهاء في الترجيح لذات الزيادة المذكورة على الأخرى - على قولين :

القول الأول : لجمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة والظاهرية ومالك في رواية ، أن زيادة العدالة لا ترجح إحدى البينتين المتعارضتين على الأخرى^(٣) .

(١) أخرجه البخاري بهذا اللفظ عن حميد بن عبد الرحمن بن عوف عن عبد الله بن عتبة قال سمعت عمر يقول : (إن أناساً كانوا . . . الخ) (أنظر صحيح البخاري مع الفتح ٢٥١/٥) .

(٢) انظر هامش أدب القضاء لابن أبي الدم تحقيق مصطفى الزحيلي ٧٣٣ ، وسائل الإثبات للزحيلي ٨١٧ .

(٣) الدرر الحكام ٣٤٨/٢ ، رد المحتار ٥٧٦/٥ ، مغني المحتاج ٤٨٢/٤ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧ ، المغني ٢٨٢/٩ ، الفروع لابن مفلح ٥٣٧/٦ ، المحلي لابن حزم ٤٣٨/٩ ، تبصرة الحكام ٣٠٩/١ ، البيان والتحصيل لابن رشد ٢٢٨/١٠ ، طبعة أولى دار الغرب الإسلامي ، بيروت ١٤٠٤ هـ .

واستدلوا لذلك بوجوه منها :

١ - أن المعتبر في الشاهد أصل العدالة، ولا حد للأعدلية فلا يقع الترجيح بها^(١).

٢ - أن الشهادة مقدرة في الشرع كالدية، فكما أن الدية لا تختلف من شخص إلى آخر ولو اختلف المقتولون سنا وعدالة . . . فكذلك الشهادة لا تختلف من عدل إلى آخر، ولو تفاوت الشهود في العدالة^(٢).

٣ - ولأنه يلزم من الترجيح بزيادة العدالة، قبول شهادة الشخص الواحد فيما لا يثبت إلا بعدلين، إذا كانت عدالة ذلك الشخص بقوة شخصين ولم يقل بهذا أحد إذ لو شهد أفضل الصحابة بطلاق مثلاً لم يقض به ولو شهد به عدلان من عامة الناس قضى به^(٣).

القول الثاني : للمالكية ورواية للحنابلة : أن زيادة العدالة ترجح إحدى البينتين على الأخرى فيحكم بها^(٤).

واستدلوا لذلك بوجوه أهمها :

١ - أن البيئة إنما اعتبرت لما تثيره من الظن، والظن في الأعدل أقوى لأن مقيم الأعدل أقرب إلى الصدق فيكون هو المعتبر^(٥).

(١) الدرر الحكام ٣٤٨/٢.

(٢) تهذيب الفروق ١٠٦/٤، المغني ٢٨٣/٩، المحلي ٤٣٨/٩، حواشي الشرواني والعبادي ٣٣١/١٠.

(٣) المرجع السابق.

(٤) مواهب الجليل ٢٠٨/٦، القوانين الفقهية ٢٠٠، تبصرة الحكام ٣٠٨/١،

الفروق للقرافي ٦٤/٤، المغني ٢٨٢/٩، الفروع لابن مفلح ٥٣٧/٦.

(٥) تهذيب الفروق ١٠٦/٤، المغني ٢٨٢/٩.

٢ - قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلا منهما خبر ، فكما أن رواية الأعدل ترجح على رواية غيره ، فكذلك شهادة الأعدل ترجح على شهادة غيره ^(١) .

٦ . ٢ . ٣ الترجيح بين الأقوال

الذي يظهر لي ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من عدم الترجيح بزيادة العدالة :

- لقوة أدلتهم .

- ولأن الترجيح بزيادة العدالة يؤدي إلى لزوم المقارنة بين البيئات العادلة عند تعارضها والبحث عن أكثرها عدالة وليس من السهل على القاضي إدراك ذلك في كل المواقف إذ أن العدالة تكون زيادتها بأمور مختلفة ، فقد تزيد تلك الأمور كلها في بعض الأوقات في إحدى البيئات ، لكنه قد يحصل أن يزيد بعضها في بيئة ، ويزيد بعض آخر في البيئة الأخرى بأن تكون بيئة أكثر صلاحاً من بعض الوجوه والأخرى أصلح من وجه آخر ^(٢) .

إذ الصلاح أنواع ، والمروءة أنواع . . . ومن هنا يصعب تمييز البيئة الأعدل فيكون الأولى عدم التفرقة بين البيئتين في الحكم بموجبهما بعد توفر العدالة الكاملة الموجبة للحكم .

ويجاب عما استدل به أصحاب القول الثاني بما يلي :

١ - قولهم إن البيئة إنما اعتبرت لما تثيره من غلبة الظن ، والظن في الأعدل أقوى .

(١) المرجعين السابقين ، الفروق ٤ / ٦٤ .

(٢) حاشية العدوي على الخرشي ٧ / ٢٣٠ .

يجاب عنه بأن تفاوت قوة الظن هنا بين البيتين لا اعتبار له لما تقدم من أن المطلوب فيهما مجرد العدالة بحيث لو انفردت إحداهما حكم بموجبها فزيادة العدالة في إحداهما لا توجب الترجيح .

٢- ويجاب عن قياس الشهادة على الرواية بأن الشهادة تختلف عن الرواية ، لأن الشهادة حدد الشارع نصابها فيتبع ، أما الرواية فلم يُحدد فيها نصاب معين فيعمل فيها بأرجح الظنين ^(١) .

وقد اختلف المالكية بعد اعتبارهم زيادة العدالة مرجحة لإحدى البيتين هل زيادة العدالة كشاهد واحد ، أو أنها بمثابة شاهدين فإذا كانت بمثابة شاهد واحد فلا يرجح بها إلا في المال وما يؤول إليه من كل ما يثبت بالشاهد واليمين ، لا في غيره مما لا يثبت إلا بشاهدين كالنكاح والطلاق والحدود والعق .

كما يلزم أيضاً من اعتبارها بمثابة شاهد واحد تحليف صاحب البينة الراجعة بمقتضى زيادة العدالة .

والمشهور عندهم أنها بمثابة الشاهد الواحد فكأن البيتين لما تعارضتا تساقطتا فقامت زيادة العدالة الموجودة في إحداهما مقام العدل الواحد فيكمل النصاب باليمين ويكون الحكم بالشاهد المقدر واليمين ، فيما يثبت بهما كالأموال ونحوها ^(٢) .

(١) مغنى المحتاج ٤/ ٤٨٢ ، وسائل الإثبات للزحيلي ٨١٨ .

(٢) البهجة في شرح التحفة ٢/ ١٤٥ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩ ، مواهب الجليل

٦/ ٢٠٩ ، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي السؤال ٣٧ ص

٢١٧ تحقيق عبدالفتاح أبوغدة طبعة حلب ١٣٨٧ هـ الشرح الصغير للدردير

بهامش بلغة السالك ٢/ ٣٧٣ .

٦ . ٣ الترجيح بزيادة العدد

وتم تقسيمه إلي مطلبين هما :

- بيان صور زيادة العدد .

- بيان الخلاف في الصورة الثالثة مع الترجيح

٦ . ٣ . ١ بيان صور زيادة العدد

إذا حصل التعارض بين بيتين ، وكان عدد الشهود في إحدهما أكثر من الأخرى ، فإن تلك الكثرة والزيادة لا تخرج عن إحدى صور ثلاث ، اثنتان منهما خارجتان عن محل النزاع ، وواحدة هي محل النزاع ، وفي هذا المطلب بيان الصورتين الخارجيتين عن محل النزاع .

١ - الصورة الأولى : أن يكون عدد الشهود في كلتا البيتين المتعارضتين قد بلغ حد التواتر ، إلا أنه زاد عدد الشهود في إحدهما على الأخرى ، فلا ترجيح بالزيادة هنا لأن البيتين كل واحدة منها تفيد العلم القطعي فهما بقوة واحدة ، ولا يمكن وقوع هذه الصورة لأنها تؤدي إلى أن يكذب اليقين اليقين وذلك محال^(١) .

٢ - الصورة الثانية : أن يكون عدد الشهود في إحدى البيتين قد بلغ حد التواتر ولم يبلغه في الأخرى ، فترجع البيئة المتواترة على غيرها لأن التواتر يفيد اليقين فيترجح على الظن ، وقد تقدم أن القطعي لا يعارضه الظني . فالعمل هنا بالزائدة اتفاقاً سواء قلنا إن التعارض حصل فرجح

(١) المستصفي ٢/ ٣٩٣ ، إرشاد الفحول ٢٤٢ ، مذكرة الشنقيطي ٣١٦ ، وأنظر وسائل الإثبات للزحيلي ٨١٢ .

القطعي على الظني أم قلنا إنه لم يحصل تعارض أصلاً وإنما عمل بالمتواترة وألغيت الأخرى^(١).

٦ . ٣ . ٢ بيان الخلاف في الصورة الثالثة مع الترجيح

الصورة الثالثة أن لا يبلغ عدد الشهود في واحدة من البيتين حد التواتر ويكون الشهود في إحدهما أكثر عدداً من الأخرى، وقد اختلف الفقهاء في ترجيح البيئة ذات العدد الأكثر على قولين :

القول الأول : أن زيادة عدد الشهود في إحدى البيتين لا ترجحها على الأخرى وهذا هو المذهب المشهور عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٢).
واستدلوا لذلك بما يلي :

- ١ - أن الشهادة مقدرة في الشرع بنصاب معين موجب للحكم فإذا كانت الحجة كاملة من الطرفين، فلا تأثير لزيادة العدد بعد تمام الحجة^(٣).
- ٢ - ولأن الترجيح إنما يكون بالقوة لا بالكثرة، فلو أقام أحد المتنازعين شاهدين والآخر أربعة فهما سواء، لأن شهادة كل شاهدين علة تامة

(١) رد المحتار ٥/٥٧٦، المجلة العدلية المادة ١٧٣٢، ١٧٣٣ ص ٣٥١، تبصرة الأحكام ١/٣٠٩، البهجة في شرح التحفة ١/١٤٥، البيان والتحصيل ١٠/٢٢٨، تحفة المحتاج بهامش حواشي الشرواني والعبادي ١٠/٣٣١.

(٢) الدرر الأحكام ٢/٣٤٨، رد المحتار ٥/٥٧٦، المجلة العدلية ص ٣٥١، المادة ١٧٣٢ الكافي لابن عبد البر ٢/٩١٣، تبصرة الأحكام ١/٣٠٩، التاج والإكليل للمواق بهامش مواهب الجليل ٦/٢٠٧، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧، مغني المحتاج ٤/٤٨٢، تحفة المحتاج بهامش حواشي الشرواني والعبادي ١٠/٣٣١، شرح السنة للبيهقي ١٠/١٠٨، المغني ٩/٢٨٢، الفروع لابن مفلح ٦/٥٣٦.

(٣) مغني المحتاج ٤/٤٨٢، المغني ٩/٢٨٣.

كما في حالة الانفراد، وكثرة العلل لا يرجح بها ولكن يرجح بالقوة ولذلك لا ترجح الآية بالآية ولا الخبر بالخبر المساوي له، وإنما يرجح بقوة فيه كأن يكون أحدهما متواتراً والآخر آحاداً . . . أو يكون أحدهما - كما يقول الحنفية - مفسراً والآخر محتملاً^(١).

القول الثاني: أن زيادة عدد الشهود على النصاب المطلوب في إحدى البيتين ترجحها على الأخرى، فلو شهد لأحد المتنازعين عدلان وللآخر ثلاثة أو أربعة عدول فإن الأخيرة ترجح على الأولى فيحكم له بموجبها وإلى هذا القول ذهب الحنفية في قول وبعض المالكية والشافعي في القديم والحنابلة في رواية، وذكر ابن حزم أنه مروى عن عطاء^(٢)، والحسن وعلي بن أبي طالب^(٣).

واستدلوا بما يلي:

- ١ - قياس الشهادة على الرواية بجامع أن كلا منهما إخبار والرواية تترجح بزيادة العدد فكذلك الشهادة^(٤).
- ٢ - أن العدد كلما كثر كان الظن به أقوى والشهادة إنما اعتبرت لما تفيده من غلبة الظن والعمل بالأقوى واجب، فيجب ترجيح ذات الزيادة لأن الظن بها أقوى والقلب أميل إلى قول الأكثر^(٥).

(١) الدرر الحكام ٢/٣٤٨، رد المحتار ٥/٥٧٦، مجمع الأنهر ٢/٢٨٠.

(٢) عطاء بن أبي رباح القرشي مولا هم، أبو محمد الجندي، إمام فقيه، مجتهد له آراء فقهية كثيرة لقي كثيراً من الصحابة وأخذ عنهم العلم، انتهت إليه الفتوى في مكة، توفي ١١٤ هـ (تقريب التهذيب ٢/٢٢، شذرات الذهب ١/١٤٧).

(٣) مجمع الأنهر ٢/٢٨٠، بلغة السالك ٢/٣٧٣، تبصرة الحكام ١/٣٠٩، مغني المحتاج ٤/٤٨٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧، المغني ٩/٢٨٢، الفروع لابن مفلح ٦/٥٣٦، المحلى ٩/٤٣٨.

(٤) مغني المحتاج ٤/٤٨٢، المغني ٩/٢٨٢، وسائل الإثبات للزحيلي ٨١٣.

(٥) مجمع الأنهر ٢/٢٨٠، المغني ٩/٢٨٢.

الترجيح :

بعد استعراض الأقوال وأدلتها يظهر لي - والله أعلم - ترجيح ما ذهب إليه الجمهور من عدم الترجيح بزيادة العدد في إحدى البيتين :
- لقوة أدلتهم .

- ولما يترتب على الترجيح بالزيادة من فتح الباب لشهود الزور .
- وكما يقول القرافي : فإنه يفضي إلى كثرة النزاع وطول الخصومات فكلما ترجح جانب أحد الخصمين بمزيد عدد سعى الآخر في زيادة عدد بينته فتطول الخصومة وتعطل الأحكام^(١) .

وأما ما استدل به أصحاب القول الثاني فيكفي في الجواب عنه ما تقدم في جواب أدلة القول بالترجيح بزيادة العدالة .

٦ . ٤ الترجيح بقوة الحجة

وتم تقسيمه إلى مطلبين هما :

- ترجيح شهادة الرجلين على الرجل والمرأتين .
- ترجيح الشاهدين ، أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين .

تمهيد

تتفاوت وسائل الإثبات قوة وضعفاً ، فالإقرار سيدها وهو والشهادة أقوى من القرائن ، وعلم القاضي أقوى من الجميع بالنسبة للقاضي نفسه وقد سبقت الإشارة إلى أن التعارض بين الوسائل التي لم تكن في درجة

(١) الفروق ٤ / ٦٥ .

واحدة من القوة شكلي لا حقيقي ويسمى تعارضاً بالنسبة لما يحصل للناظر في أول نظرة، ثم بعد ما يرجح الأقوى ويلغي الأضعف يزول ذلك التعارض ولا شك أن قوة الحجة سبب للترجيح في الجملة.

غير أن الفقهاء لم يتفقوا على التفاوت المذكور في بعض الوسائل فنشأ عن ذلك اختلافهم في ترجيح بعضها على بعض عندما يقع التعارض بينها. ومن الأمثلة على ذلك اختلافهم في ترجيح الشاهدين على الرجل والمرأتين، وفي ترجيح الشاهدين أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين فمن أعتبر هذه الوسائل في قوة واحدة لم يرجح بعضها على بعض، ومن اعتبرها متفاوتة رجح الأقوى منها على الأضعف وبيان ذلك في المطالبين الآتين :

٦ . ٤ . ١ ترجيح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين

- إذا تنازع اثنان فشهد لأحدهما رجلان وشهد للآخر رجل وأمرأتان .
- فيما تجوز فيه شهادتهما - فقد اختلف الفقهاء في ترجيح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين على قولين :

القول الأول : لا ترجح شهادة الرجلين على شهادة الرجل والمرأتين وهما بمنزلة واحدة من القوة، وهذا قول الحنفية وبعض المالكية وهو المذهب عند الشافعية والحنابلة^(١) .

(١) معين الأحكام ٩١ ، ٩٢ ، أحكام القرآن للجصاص ٥٠١ / ١ ، بلغة السالك ٣٧٣ / ٢ ، تبصرة الأحكام ٣١٠ / ١ ، التاج والأكليل ٢٠٨ / ٦ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧ ، مغني المحتاج ٤ / ٤٨٢ ، الفروع لابن مفلح ٥٣٧ / ٦ ، المغني ٢٨٣ / ٩ .

واستدلوا لذلك بما يلي :

- قوله تعالى ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ فإن الله تعالى خير المستشهد بين أن يشهد رجلين أو رجلاً وأمرأتين فمن أشهد منهما فهو حجة ، فلو شهد رجلان بحق لطرف وشهد رجل وامرأتان بذلك الحق لطرف آخر فإنه لا فرق بين الشهادتين لمساواة القرآن بينهما ^(١).

القول الثاني : إن الشاهدين يرجحان على الشاهد والمرأتين ذهب إلى ذلك جمهور المالكية وهو قول للشافعية ووجه للحنابلة ^(٢).

واشترط المالكية أن لا يكون الرجل الذي مع المرأتين أعدل من الشاهدين فإن كان أعدل منهما ترجحت شهادة الرجلين والمرأتين ^(٣).

واستدلوا لذلك بما يلي :

١ - بالآية السابقة ﴿... فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ حيث جعل الله سبحانه وتعالى مرتبة الرجل والمرأتين ، عند عدم وجود الشاهدين ولذلك كانت شهادة الرجلين أصلاً ، وشهادة الرجل والمرأتين فرعاً ، ولا يلجأ إلى الفرع إلا عند فقد الأصل ^(٤).

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٢٥٢ / ١ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٣ / ٣٩١ ،

روح المعاني للألوسي ٥٨ / ٣ ، طبعة دار إحياء التراث العربي ، بيروت .

(٢) تبصرة الحكام ١ / ٣١٠ ، بلغة السالك ٢ / ٣٧٣ ، التاج والإكليل ٦ / ٢٠٨ ،

الخرشي ٧ / ٢٣٠ ، ٢٣١ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧ ، مغني المحتاج

٤ / ٤٨٢ ، الفروع لابن مفلح ٦ / ٥٣٧ .

(٣) بلغة السالك ٢ / ٣٧٣ ، التاج والإكليل ٦ / ٢٠٨ ، الخرشي ٧ / ٢٣١ .

(٤) الجامع لأحكام القرآن ٣ / ٣٩١ ، الخرشي ٧ / ٢٣١ .

٢- ولأن الرجلين ثبت بهما ما لا يثبت بالرجل والمرأتين ، ويوثق بقولهما أكثر فكانت شهادتهما أقوى ، فترجح على شهادة الرجل والمرأتين ^(١) .

الترجيح :

ولعل الراجع ما ذهب إليه جمهور المذاهب من عدم ترجيح بينة الرجلين على بينة الرجل والمرأتين ، لأن كلا من البينتين حجة كاملة ووسيلة للإثبات بالاتفاق وكل منهما حجة في المال فإذا اجتمعتا وتعارضتا ، فلا وجه لترجيح إحداهما على الأخرى إلا بمرجح ^(٢) .

وأما استدلال أصحاب القول الثاني بالآية وقولهم إن الرجل والمرأتين لا يشهدان إلا عند عدم وجود رجلين . . . فكانت شهادتهما فرعاً . . . فقد أجاب عنه ابن العربي ^(٣) وهو من المالكية المستدلين بالآية على ترجيح الرجلين على الرجل والمرأتين . فقال (قال علماؤنا قوله تعالى : ﴿فإن لم يكونا رجلين فرجل وأمرأتان﴾) . من ألفاظ الإبدال فكان ظاهره يقتضي أن لا تجوز شهادة النساء إلا عند عدم شهادة الرجال كحكم سائر أبدال الشريعة مع مبدلاتها وهذا ليس كما زعموه ولو أراد ربنا ذلك لقال فإن لم يوجد رجلان فرجل ، فأما وقد قال : فإن لم يكونا فهذا يتناول حالة الوجود والعدم ^(٤) .

(١) مغني المحتاج ٤ / ٤٨٢ .

(٢) تحفة المحتاج ١٠ / ٣٣١ ، المغني ٩ / ٢٨٣ .

(٣) هو محمد بن عبدالله بن محمد بن عبدالله بن أحمد المعافري الأندلسي ، الأشبيلي المالكي ، المعروف بأبن العربي أبوبكر ولد بإشبيلية وولي القضاء بها ، ودخل بغداد وسمع بها ، ولقي بالقاهرة جماعة من المحدثين ثم عاد إلى الأندلس ، له تصانيف كثيرة منها (شرح جامع الترمذي) (والمحصول في الأصول) (وأحكام القرآن) وغيرها ، توفي ٥٤٣ هـ (الديباج المذهب ٢٨١ ، شذرات الذهب ٤ / ١٤١) .

(٤) أحكام القرآن له ١ / ٢٥٢ .

٦ . ٤ . ٢ في ترجيح الشاهدين أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين

إذا تنازع اثنان فشهد لأحدهما رجلان أو رجل وامرأتان وشهد للآخر رجل مع يمينه ، فقد اختلف الفقهاء في ترجيح الرجلين والرجل والمرأتين ، على الشاهد واليمين على قولين :

القول الأول : أن بينة الشاهدين والشاهد والمرأتين أقوى من بينة الشاهد واليمين ، فترجحان عليها .

وإليه ذهب المالكية والشافعية في الأظهر عندهم ، والحنابلة في الوجه الأصح أيضاً ، والحنفية لا يعتبرون الشاهد واليمين بينة أصلاً^(١) .

واحتج أصحاب هذا القول بما يلي :

١ - أن الشاهد واليمين مختلف في الإثبات بهما ، وشهادة الرجلين والرجل والمرأتين معبرتان اجماعاً^(٢) .

٢ - ولأن اليمين قوله لنفسه فتوجه إليها التهمة ، وشهادة الأجنيين بينة كاملة فوجب تقديمها^(٣) .

(١) احكام القرآن للجصاص ١ / ٥٠١ ، الخرشي ٧ / ٢٣٠ ، ٢٣١ ، تهذيب الفروق ٤ / ١٠٧ ، تبصرة الحكام ١ / ٣١٠ ، تحفة المحتاج ١٠ / ٣٣١ ، مغني المحتاج ٤ / ٤٨٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧ ، المغني ٩ / ٢٨٣ ، الفروع لابن مفلح ٦ / ٥٣٧ .

(٢) تبصرة الحكام ١٠ / ٣٣١ ، المغني ٩ / ٢٨٣ .

(٣) المغني ٩ / ٢٨٣ ، وسائل الإثبات للزحيلي ٨١٦ .

القول الثاني : لا ترجح بينة الشاهدين أو الرجل والمرأتين على الشاهد واليمين وهما متساويتان في القوة ، وهو قول للشافعية ووجه للحنابلة^(١) . لأن كل بينة من البينات الثلاث حجة في المال لو انفردت ، فاستوى العمل بها في إثبات المال^(٢) .

والراجح والله أعلم القول الأول بترجيح الشاهدين والرجل والمرأتين على الشاهد واليمين . لما تقدم من التعليل ولاختلافهما في القوة إذ أن حجة الشاهد واليمين ناقصة يلجأ إليها في الاضطرار بخلاف الأخرى .

٦ . ٥ . الترجيح بالتاريخ

وتم تقسيمه إلى مطلبين هما :

- ترجيح البينة المؤرخة على البينة المطلقة .

- الترجيح بتقدم التاريخ .

٦ . ٥ . ١ . ترجيح البينة المؤرخة على البينة المطلقة

لو ادعى اثنان ملك عين - لا يد لأحدهما عليها - وأقام أحدهما بينة وذكرت تاريخ الملك وأقام الآخر بينة ذكرت الملك فقط دون ذكر التاريخ ، فقد اختلف الفقهاء هل ترجح البينة التي ذكرت التاريخ أو ترجح التي أطلقت ولم تذكر تاريخاً؟ أو أنهما تتساويان فيتحقق التعارض أو يوجد مرجح آخر غير ذكر التاريخ؟ .

(١) أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٧ ، مغني المحتاج ٤ / ٤٨٢ ، المغني ٩ / ٢٨٣ ،

الفروع لابن مفلح ٦ / ٥٣٧ .

(٢) مغني المحتاج ٤ / ٤٨٢ ، المغني ٩ / ٢٨٣ .

وذلك على قولين :

القول الأول : للحنفية والمالكية وهو قول مرجوح للشافعية ورواية للحنابلة أن البيئة المؤرخة تقدم على البيئة المطلقة ^(١) .

واشترط الحنفية أن يكون انتقال الملك إلى المدعين مسنداً إلى شخص واحد ما لو كان من شخصين كرجلين أقام كل منهما البيئة على الشراء من آخر ووقت إحداهما ولم توقت الأخرى ، فإنه يقضي بقسم المدعى بينهما لأن توقيت إحداهما لا يدل على تقدم ملك لجواز أن تكون الأخرى أقدم بخلاف ما إذا كان البائع واحداً فإنهما قد اتفقا على أن الملك منه ببيعه وأنه أمر حادث ، وقد ظهر بالتاريخ أن صاحبة الوقت أسبق ولا تاريخ مع الأخرى والشراء أمر حادث ولا يعلم تاريخه فكانت صاحبة التاريخ أولى ^(٢) .

القول الثاني : وهو المعتمد من مذهب الشافعية والحنابلة لا فرق بين المؤرخة وغيرها فمجرد التاريخ ليس بمرجح لاحتمال أن البيئة المطلقة لو استفسرت فسرت بتاريخ أقدم من تاريخ الأخرى ^(٣) .

الترجيح : الذي يظهر - والله أعلم - أن ترجيح البيئة المؤرخة أولى وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لأنها أثبتت الملك في وقت معين فأصبح متيقناً والأخرى يحتمل أن تكون قبلها أو بعدها ، والعمل بالمتيقن أولى من العمل بالمظنون .

(١) الدرر الحكام ٢/ ٣٤٥ ، المبسوط ١٧/ ٥٧ ، ٥٨ ، مجمع الأنهر ٢/ ٢٨٠ ، الخرشبي ٧/ ٢٣٠ ، الفروق ٤/ ٦٢ ، البهجة في شرح التحفة ١/ ١٤٦ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٨٢ ، الفروع لابن مفلح ٦/ ٥٣٧ .

(٢) مجمع الأنهر ٢/ ٢٨٠ ، بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٣ ، المبسوط ١٧/ ٥٧ ، ٥٨ .

(٣) أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٣٦ ، تحفة المحتاج ١٠/ ٣٣٢ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٨٢ ، المغني ٩/ ٢٨٢ ، الفروع لابن مفلح ٦/ ٥٣٧ .

ولأن المؤرخة تضمنت زيادة علم وهو ذكر السبب وتاريخه ، والأخرى خفي عليها ذلك .

٦ . ٥ . ٢ الترجيح بتقدم التاريخ

إذا تعارضت بيتان مؤرختان وكان تاريخ إحداهما أقدم من تاريخ الأخرى كأن يقيم أحد المتنازعين بينة أن العين ملكه منذ سنة ، ويقيم الآخر بينة أنها ملكه منذ شهر مثلاً فهل يحكم لأسبقهما تاريخاً أو يسقط اعتبار تقدم التاريخ ؟ .
أختلف الفقهاء في ذلك على قولين :

القول الأول : للحنفية والمالكية والأظهر من مذهب الشافعية ورواية عن الحنابلة ترجح أسبق البيتين تاريخاً لأنها تثبت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى ، وفي وقت تعارضها فيه الأخرى فتتساقتان في محل التعارض ويثبت موجبها فيما قبل محل التعارض ، فيبقى استصحاب الحال لصاحبة التاريخ الأقدم خالياً عن التعارض ^(١) .

القول الثاني : وهو أحد قولي الشافعية ورواية أخرى عن الحنابلة هي المذهب أنه لا يعتبر تقدم التاريخ مرجحاً لبينة على أخرى ، لأن القصد من البينة إثبات الملك في الحال وهما متساويتان في ذلك ، ولأن متأخرة التاريخ شهدت بملك أحدث مما شهدت به الأولى والأصل أن الحادث يضاف لأقرب أوقاته فإذا لم ترجح على متقدمة التاريخ فلا أقل من التساوي ^(٢) .

(١) المبسوط ٥٧/١٧ ، مجمع الأنهر ٢/٢٨٠ ، الدرر الحكام ٢/٣٤٥ ، الخرشي ٧/٢٣٠ ، تبصرة الحكام ١/٣١٠ ، البهجة في شرح التحفة ١/١٤٥ ، مغني المحتاج ٤/٤٨٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، المغني ٩/٢٨٢ ، كشاف القناع ٦/٣٩٢ .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤٨٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٢٢ ، ٣٢٣ ، المغني ٩/٢٨٢ ، الفروع لابن مفلح ٦/٥٣٧ .

الترجيح :

الراجح والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من ترجيح البيئة الأسبق تاريخاً على متأخرة التاريخ لقوة ما سبق من التعليل ، ولأنها أثبتت الملك للأقدم بدون معارض فأصبح متيقناً واليقين لا يرتفع إلا بيقين ، وكذلك فإن الأصل بقاء ما كان على ما كان فيبقى الحكم مستصحباً للأول منهما .

وقول المخالفين إن القصد من البيئتين إثبات الملك في الحال وهما متساويتان فيه .

يجاب عنه بأن البيئتين تساوتا في إثبات الملك في الحال .

ولكن متقدمة التاريخ اختصت عن الأخرى بزيادة هي أنها أثبتت الملك في وقت لا تعارضها فيه الأخرى .

وقولهم : إن الأصل في الحادث إضافته لأقرب أوقاته .

يجاب عنه بأن القاعدة ليست على إطلاقها ، فقد يضاف لا بعد أوقاته لسبب من الأسباب كما هنا .

٦ . ٦ ترجيح البيئة المثبتة ، أو المتضمنة زيادة ، أو الناقلة عن الأصل

وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب هي :

- ترجيح البيئة المثبتة على النافية .
- ترجيح البيئة المتضمنة للزيادة .
- ترجيح البيئة الناقلة عن الأصل .

٦ . ٦ . ١ ترجيح البيئة المثبتة على النافية

إذا تعارضت بيئتان إحداهما مثبتة والأخرى نافية ، كأن تشهد إحداهما بشيء أنه كان ، وتشهد الأخرى أنه لم يكن ، فإن المثبتة تقدم على النافية ^(١) .
مثال ذلك :

إذا شهد شاهدان أن زيداً قضى فلاناً دينه وشهد آخران أنه لم يقضه ، أو شهدا أنه لم يقضه ، أو لم يقر له ، وشهد آخران أنه قذفه أو أقر له ، أو شهد أنه لم يطلق وشهد آخران أنهم سمعوه يطلق . . . فالشهادة في مثل هذا شهادة من أثبت لا شهادة من نفي .

وكذلك إذا شهدت إحدى البيئتين بحوز الرهن وشهدت الأخرى بعدم الحوز ، فإن الشاهدة بالحوز تقدم ^(٢) .

ويدل لتقديم بيئة الإثبات على بيئة النفي ما يلي :

١ - ما جاء في الحديث (أن بلالاً ^(٣) - رضي الله عنه - أخبر بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم - صلى في الكعبة) .

(١) فوائح الرحموت بشرح مسلم الثبوت ٢/ ٢٠٠ ، تهذيب الفروق ٤/ ١٠٩ ،

فتح الباري ٥/ ٢٥٠ ، حاشية الشيخ سليمان آل الشيخ على المقنع ٤/ ٣١٠ .

(٢) الكافي لابن عبد البر ٢/ ٩١١ ، ٩١٢ .

(٣) هو بلال بن رباح الحبشي الصحابي الجليل ، مؤذن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

اشتراه ابوبكر من المشركين فأعتقه ، شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم

جميع المشاهد ، توفي مجاهداً بالشام سنة ١٧ هـ وقيل ١٨ هـ وقيل ٢٠ هـ (تقريب

التهذيب ١/ ١١٠ ، الإصابة ١/ ١٦٥) .

وقال الفضل ^(١) (لم يصل ، فأخذ الناس بشهادة بلال) ^(٢) .

وقد ترجم له البخاري ^(٣) بقوله : (باب إذا شهد شاهد أو شهود بشيء وقال آخرون ما علمنا بذلك يحكم بقول من شهد) ^(٤) .

٢- ولأن البينات شرعت في الأصل للإثبات ^(٥) .

٣- ولأن مع البينة المثبتة زيادة اطلاع وعلم لم تكن مع الأخرى ^(٦) .

(١) هو الفضل بن العباس بن عبدالمطلب بن هاشم أبو العباس ، ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم - وأكبر ولد العباس ، شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم فتح مكة وحنينا ، وحجة الوداع وهي التي أوقفه النبي صلى الله عليه وسلم فيها ، حضر غسل رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي في خلافة أبي بكر وقيل غير ذلك ، (الإصابة ٢٠٨ / ٣ تقريب التهذيب ١١٠ / ٢) .

(٢) أخرجه البخاري بهذا اللفظ معلقاً (صحيح البخاري مع الفتح ٢٥٠ / ٥) ، وحديث بلال أخرجه مرفوعاً من حديث ابن عمر بلفظ : (كان - أي ابن عمر - يتوخى المكان الذي أخبره بلال أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى فيه) (صحيح بخاري مع الفتح ٤٦٧ / ٣) .

(٣) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، أبو عبد الله البخاري ، الإمام الحافظ المحدث صاحب كتاب الصحيح ، قال عنه الإمام أحمد (ما أخرجت خراسان مثل محمد بن إسماعيل) توفي سنة ٢٥٦ هـ (طبقات الشافعية لابن قاضي شعبة ٨٣ / ١ ، شذرات الذهب ١٣٤ / ٢) .

(٤) صحيح البخاري مع الفتح ٢٥٠ / ٥ .

(٥) الأصول القضائية لعلي قراعة ٢٣٣ .

(٦) الفروق ٦٢ / ٤ ، إرشاد الفحول ٢٤٦ .

٦ . ٦ . ٢ ترجيح البيئة المتضمنة للزيادة

إذا كان التنازع في أمر من الأمور التي تحتمل الزيادة والنقصان أو الكثرة والقلة، كالتنازع في قدر البيع أو في قدر الثمن أو في قدر المهر، أو في مقدار الأجل . . . ونحو ذلك .

وأحضر كل من المتنازعين بيئة تشهد له بصالحه، بأن كانت بيئة البائع تثبت أن الثمن مقداره ألف، وبيئة المشتري تثبت أنه خمسمائة، أو كانت بيئة المشتري تثبت أن المبيع سيارتان، وبيئة البائع تثبت أنه سيارة واحدة، أو أثبتت بيئة الزوج أن المهر مقداره مائة، وأثبتت بيئة الزوجة أكثر من ذلك أو كان الدائن يثبت أن الأجل شهر ويثبت المدين أنه شهران ففي مثل هذه الحالات تتفق البيئتان على قدر معين وتزيد إحدهما على الأخرى بإثبات مقدار تختص به عنها .

وقد اختلف الفقهاء هل تقدم البيئة ذات الزيادة أو يعمل بالبيئتين فيما اتفقتا عليه فقط وتلغى الزيادة على قولين :

١ - القول الأول : أن بيئة الزيادة تقدم على غيرها، وإليه ذهب الحنفية والمالكية، والشافعية^(١) وحجتهم في ذلك :

أ- أن البيئة التي شهدت بالزيادة أثبتت وحفظت ما أغفلته الأخرى أو نسيته، فهي أحق بالتصديق^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٤١، مجلة الأحكام العدلية ٣٥٩ (المادة ١٧٦٢) مواهب

الجليل ٦ / ٢٠٨، فتح الباري ٥ / ٢٥١، نهاية المحتاج ٨ / ٣٤٦ .

(٢) البيان والتحصيل ١٠ / ٨٨، فتح الباري ٥ / ٢٥١ .

ب- (ولأن بيئة الزيادة لا معارض لها في القدر الزائد فيجب العمل بها في ذلك القدر لخلوها عن المعارض ، ولا يمكن إلا بالعمل في الباقي ، فيجب العمل بها في الباقي ضرورة وجوب العمل بها في الزيادة)^(١) .

٢- القول الثاني : أنه يثبت ما اتفقت عليه البيئتان وتلغى الزيادة التي انفردت بها إحداهما وإليه ذهب الحنابلة^(٢) وحجتهم في ذلك أن البيئتين اتفقتا على الأقل ، وتعارضتا في الزيادة فيعمل بهما فيما اتفقتا فيه ، ويلغى ما تعارضتا فيه^(٣) .

والراجع - والله أعلم - القول الأول بأن بيئة الزيادة تقدم لأن الزيادة التي اختصت بها إحدى البيئتين لا تخلو من أحد احتمالين .

الاحتمال الأول : أن تكون البيئة المعارضة لم تتعرض للقدر الزائد بنفي ، وفي هذه الحالة ، كأن التي أثبتت الزيادة شهدت بها دون معارض لها .

الاحتمال الثاني : أن تكون البيئة المعارضة قد نفت ذلك القدر الزائد ، فيكون من باب تعارض بيئة النفي وبيئة الإثبات وتقدم أن البيئة المثبتة تقدم على النافية .

أما التعليل بأن البيئتين اتفقتا على الأقل وانفردت إحداهما بالزيادة فلا يعمل بهما إلا فيما اتفقتا عليه . . . فقد أجاب عنه ابن حجر بأن سكوت إحدى البيئتين عن الزيادة في حكم نفيها لها ، والإثبات مقدم على النفي^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٤١ .

(٢) المغني ٩ / ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، الشرح الكبير ٦ / ٣٣٨ .

(٣) المرجعين السابقين .

(٤) فتح الباري ٥ / ٢٥١ .

٦ . ٦ . ٣ ترجيح البينة الناقلة عن الأصل على المستصحبة له

لما كانت البيئات شرعت في الأصل للإثبات ، وكانت بيئة من يدعي خلاف الظاهر هي التي تسمع ، قالوا تقدم البيئة التي تثبت انتقال الشيء عن أصله وترجح على التي تثبت بقاءه عليه ، وجعلوه أصلاً يستعمل في ترجيح البيئات^(١) . مثال ذلك :

١ - أن تشهد بيئة أن هذه الدار ملك لزيد بناها منذ مدة لا يعلمونها خرجت عن ملكه ، وتشهد بيئة أخرى أنها لعمر و اشتراها من زيد ، فإن البيئة التي تثبت انتقال ملك الدار من زيد إلى عمرو تقدم لأنها علمت وأثبتت ما لم تعلمه الأخرى وما لم تثبته^(٢) .

٢ - إذا مات رجل عرف أصل دينه عن ابنين أحدهما مسلم والآخر نصراني فأقام المسلم بيئة على أنه مات مسلماً ، وأقام النصراني بيئة على أنه مات نصرانياً فإن البيئة الناقلة عن الأصل تقدم ، فإن علم أن الأب كان نصرانياً قدمت بيئة المسلم ، وإن علم أنه كان مسلماً قدمت بيئة النصراني^(٣) .

ومن هذا الأصل تقديم بيئة الإكراه على بيئة الطوع ، فبيئة الإكراه ناقلة عن الأصل لأن الأصل في أفعال الناس الطوعية ، فمن شهدت بالطوعية فقد شهدت بالأصل ومن شهدت بالإكراه فهي ناقلة عنه^(٤) .

وكذلك من هذا الأصل تقديم الجرح على التعديل^(٥) .

(١) تبصرة الأحكام ٣١١/١ ، التاج والإكليل ٢١٠/٦ ، مغني المحتاج ٤٨٦/٤ ، المغني ٣١٣/٩ .

(٢) البهجة في شرح التحفة ١٤٧/١ ، تبصرة الأحكام ٣١١/١ .

(٣) مغني المحتاج ٤٨٦/٤ ، المغني ٣١٣/٩ .

(٤) البهجة في شرح التحفة ١٤٧/١ ، مغني المحتاج ٤٨٦/٤ ، ملجأ القضاة عند

تعارض البيئات (اللوحة ٩٢) مخطوط رقم ٢٩ بمكتبة جامعة الإمام-الرياض .

(٥) الأصول القضائية لعللي قراة ٢٣٥ .

٦ . ٧ ترجيح بينة الملك على بينة الحوز

إذا تنازع اثنان في عين هي بحوزة أحدهما ، وشهدت للمدعي بينة بأن العين ملكه ، وشهدت لمن بيده العين بينة أنها بحوزته ، ففي هذه الحالة لم يتحقق التعارض بين البينتين في الحقيقة لعدم التنافي بين ما شهدت به كل منهما ، إذ أن إحداهما تشهد بالملك ، والأخرى تشهد بالحوز فقط ، والحوز قد يكون عن أمانة ، أو عن إجارة أو عن إعارة ، أو عن غصب الخ .

وإنما أوردت تعارض الملك والحوز في بحث الترجيح - وإن كان الترجيح لا يلجأ إليه إلا عند تحقق التعارض - لأن المراد بالتعارض الذي نحن بصدد بحثه ما يخيّل للناظر في أول نظرة ، وما دام النزاع قد حصل وأقام كل طرف بينة لصالحه فلا بد من النظر في مضمون كل من البينتين ، والموازنة بينهما . . . ثم العمل بهما معاً ، أو الترجيح بينهما ، والعمل بالراجحة وإلغاء المرجوحة ، وفي حالة شهادة إحدى البينتين بالملك والأخرى بالحوز ، فإنهما تصدقان فيما شهدتا به ويكون العمل ببينة الملك فيحكم بها ، ولا يستلزم ذلك تكذيب بينة الحوز ، لأن الحوز قد يكون عن غير ملك ، كما تقدم ^(١) . مثال ذلك :

إذا تداعى رجلان داراً ، وأقام أحدهما بينة على الحوز ، وأقام الآخر بينة على الملك ، فإن البينة التي شهدت بالملك يحكم بمقتضاها ^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٤٢ ، المبسوط ١٧/٥٤ ، تبصرة الحكام ١/٣١١ ، مواهب الجليل ٦/٢١٠ ، التاج والإكليل ٦/٢١٠ ، تحفة المحتاج ١٠/٣٢٨ ، المغني ٩/٢٧٩ ، الفروع لابن مفلح ٦/٥٣٧ .

(٢) المراجع السابقة ، وانظر شرح أدب القاضي للخصاف للصدر الشهيد ٤/٥٣٦ ، طبعة أولى ١٣٩٨ هـ ، الدار العربية للطباعة - بغداد بتحقيق محيي هلال السرحان .

٦ . ٨ الترجيح باليد

وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب هي :

- الحالات المحتملة بالنسبة لليد .
- تعارض بينة الخارج مع بينة الداخل .
- تعارض بينتي الخارجين .

تمهيد

المراد باليد حيازة الشيء والتصرف فيه .

- جاء في مجلة الأحكام العدلية (ذو اليد هو الذي وضع يده على عين بالفعل ، أو الذي ثبت تصرفه تصرف الملاك)^(١) .

واليد المعتبرة هنا هي التي جهل أصلها أو علم أنها بحق ، أما إذا علم أنها بطريق تقتضي عدم الملك كالغصب أو العارية أو غير ذلك من الطرق المقتضية وضع اليد من غير ملك فإنها لا تكون مرجحة البتة^(٢) .

ووضع اليد يختلف حسب اختلاف الأشياء الموضوعة عليها ، فيكون في الدار مثلاً بسكناها أو حوز المفتاح مع القدرة على التصرف وفي النقود بقبضها باليد أو وضعها في الجيب أو الصندوق . . . وفي المرأة مثلاً دخولها مع الرجل إلى بيت واحد ، أو تمكنه من الدخول بها^(٣) .

(١) المجلة ص ٣٣٩ (م ١٦٧٩) . وليس المراد كونه في تصرفه حال المحاكمة خاصة بل سواء كان حال المحاكمة أو قبلها فمن أحدث يده على عقار في يد غيره أو رأى شيئاً في يد غيره فأخذه على أنه ملكه لم يصير بهذا ذائداً (انظر الطريقة الواضحة ص ٥ ، ٦) .

(٢) الفروق ٧٨ / ٤ ، تهذيب الفروق ١٣٠ / ٤ .

(٣) تكملة فتح القدير ٢٤٩ / ٨ .

ثم إن الترجيح باليد من أوسع المرجحات نطاقاً وأكثرها صوراً، بل إنه قلما يخلو نزاع في عين من دخول هذا المرجح فيه من قريب أو من بعيد، إلا أن الترجيح باليد ضعيف في مقابل غيره من المرجحات الأخرى، ولذلك لا يلجأ إلى الترجيح باليد إلا إذا لم يوجد مرجح أصلاً^(١).

وإني سأذكر ما أرى الحاجة ماسة لذكره من الصور المحتملة للتعارض تاركاً استيفاء صور اليد الأخرى للكتب المطولة، وذلك في المطالب الآتية:

٦ . ٨ . ١ بيان الحالات المحتملة بالنسبة لليد

تنقسم الدعوى إلى ثلاثة أقسام :

أ- دعوى عين في يد .

ب- دعوى مال في ذمة .

ج- دعوى حقوق شرعية كنكاح، وحد قذف وقصاص وحق شفعة . . . وغير ذلك والقسم الأول هو الذي يكون فيه الترجيح باليد^(٢).

ولليد أهمية كبيرة في معرفة المدعي من المدعى عليه لتكليف كل منهما بنصيبه من عبء الإثبات، فمن يضع يده على الشيء المتنازع فيه هو المدعى عليه والأصل أنه غير مطالب بالبينة وإنما عليه اليمين، ومن يدعي الشيء ولا يد له عليه هو المدعي وعليه البينة .

ويستعمل الفقهاء في التعارض والترجيح مصطلحي الخارج والداخل ويعنون بالخارج المدعي وبالدخل صاحب اليد .

(١) البهجة في شرح التحفة ١/١٤٦، تبصرة الحكام ١/٣٠٩.

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ١٩٠

وقد تكون يد كل من المتنازعين على الشيء المتنازع فيه فيكونان داخلين ،
وقد يكون المتنازعان لا يد لواحد منهما عليه فيصبحان خارجين ، فتكون
الحالات المحتملة بالنسبة لليد ما يلي :
الحالة الأولى : أن تكون يد أحد المتنازعين على العين والآخر لا يد له عليها .
الحالة الثانية : أن تكون العين بيديهما معاً .
الحالة الثالثة : أن تكون العين لا يد لواحد منهما عليها ^(١) .

وفي هذه الحالة الأخيرة إما أن تكون العين في فلاة ، أو في يد غيرهما
وإن كانت في يد غيرهما ، فإما أن ينكر دعواهما أو يقر لهما معاً أو يقر
لأحدهما دون الآخر ، فما الحكم في كل حالة من هذه الحالات إذا حضر
كل واحد من المتنازعين بينة تثبت صدق دعواه ، ولا مرجع غير اليد؟ .

الجواب

أنه في حالة كون العين في يدهما معاً أو في فلاة ، أو في يد غيرهما
ينكرهما أو يقر لهما معاً ، يتحقق التعارض - وسيأتي بحث هذه الحالات
في فصل العمل عند تعذر الترجيح ^(٢) .

أما إذا تعارضت البيتان والعين بيد أحدهما دون الآخر ، أو بيد غيرهما
وأقر لواحد منهما - فهل ترجح بينة صاحب اليد باليد ، وهل ترجح بينة من
أقر له من هي يده بذلك الإقرار؟

(١) بدائع الصنائع ٢٣٣/٦ ، تبصرة الحكام ٣٠٨/١ ، ٣٠٩ ، مغني المحتاج ٤/
٤٨٠ ، ٤٨١ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٣١٦/٦ ، وما بعدها طبعة جامعة
الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

(٢) أنظر ص ٢٣٤ من البحث .

هذا ما سيأتي بيانه في المطلبين الآتين

٦ . ٨ . ٢ تعارض بينة الخارج مع بينة الداخل

إذا ادعى شخص عينا في يد آخر وأقام بينة أنها ملكه وادعاه صاحب اليد وأقام بينة أنها ملكه ولم يكن هناك مرجح غير اليد، فهل يحكم بالعين للخارج أو يحكم بها لصاحب اليد (الداخل)؟ .

القول الأول : أن بينة الخارج أولى ، ولا تسمع بينة الداخل وإنما عليه اليمين - ذهب إلى ذلك الحنفية ، والحنابلة في المشهور عندهم ، والظاهرية وعبد الملك ^(١) من المالكية ^(٢) .

واستدلوا بما يلي :-

١ - ما روي عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم - قال : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) ^(٣) .

(١) عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي ، أبو مروان ، من المفتين في قرطبة ، سمع عن جماعة من أصحاب مالك ، كان أحد أعلام المذهب المالكي له مؤلفات منها (الواضحة) و (كتاب فضائل الصحابة) توفي ٢٣٩ هـ (الديباج المذهب ١٥٤ - ١٥٦ ، الأعلام ٤ / ١٥٧) .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٢٣٢ ، الدرر الحكام ٢ / ٢٤٤ ، المغني ٩ / ٢٧٥ ، الفروع ٦ / ٥٣٥ ، المحلى ٩ / ٤٣٦ ، تبصرة الحكام ١ / ٣٠٩ ، واستثنى الحنفية مسألة النتائج ونحوه ، وحالة ما إذا كان تاريخ ذي اليد أسبق (بدائع الصنائع ٦ / ٢٣٣) .

(٣) أخرجه الستة إلا الترمذي وأخرجه أحمد (صحيح البخاري مع الفتح ٨ / ٢١٣ ، صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦ ، سنن أبي داود ١٥ / ٣٠٦ ، سنن النسائي ٨ / ٢٤٨ ، سنن ابن ماجه ٢ / ٧٧٨ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٥ / ٢١٥) .

وجه الدلالة منه :

أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - جعل اليمين على المدعى عليه وهو الداخل ، ولم يجعل له البينة أصلاً ، فلا عبرة ببينته ، لأنها غير مطلوبة منه ^(١) .
٢ - والحديث (البينة على المدعي واليمين على من أنكر) ^(٢) .

وجه الدلالة منه :

أنه جعل جنس البينة على المدعي ، ولم يجعل على المدعى عليه إلا اليمين فلا تسمع بينته ^(٣) .
٣ - وبقوله عليه الصلاة والسلام في قصة الحضرمي والكندي :
(بيتك أو يمينه . . . ليس لك منه إلا ذلك) ^(٤) .

وجه الدلالة منه :

أنه أثبت البينة للمدعي ، واليمين للمدعى عليه ، ونفى غير ذلك فدل على أنه لا يلتفت إلى بينة المدعى عليه لأنه لم يكلف بها أصلاً ^(٥) .
٤ - ولأن بينة الخارج أظهرت له سبق اليد لأنهم شهدوا له بالملك المطلق ولا تحل لهم الشهادة بالملك المطلق إلا بعلمهم ولا يحصل العلم بالملك إلا بدليله ، وهو اليد ، فإذا شهدوا للخارج ، فقد أثبتوا كون المال في يده ،

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢ .

(٢) سبق تخريجه في ص . . .

(٣) المغني ٩/ ٢٧٦ .

(٤) صحيح مسلم ١/ ١٢٤ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١/ ٢١٦ ، سنن أبي داود

١٥/ ٢١٥ ، سنن الترمذي ٢/ ٣٩٨ ، سنن الدارقطني ٤/ ٢١١ .

(٥) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢ ، المحلى ٩/ ٤٣٦ .

وكون المال في يد ذي اليد ثابت في الحال فكانت يد الخارج سابقة، فكان القضاء بها أولى^(١).

القول الثاني: أن بيئة الداخل (صاحب اليد) تقدم على بيئة الخارج (المدعي) لأنها ترجحت باليد^(٢). وهذا ما ذهب إليه المالكية والشافعية وأحمد في رواية^(٣).

واستدلوا لذلك بما يلي:

١ - ما رواه جابر بن عبد الله (أن رجلين تداعيا دابة، وأقام كل واحد منهما البيئة أنها دابته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه).

وجه الدلالة من الحديث:

أن البيتين تعارضتا في الملك والتتاج فكان وجود الدابة في يد أحد المتنازعين مقوياً لجانبه، فوجب إبقاء يده على ما فيها كما لو لم تكن لواحد منهما بيئة^(٤).

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٣٢.

(٢) بعض أصحاب هذا القول يرى أن صاحب اليد أصبح مدعياً لأن بيئته لا تسمع إلا بعد سماع بيئة الخارج، وحينئذ يضعف جانبه فتكون البيئة مشروعة في حقه فترجح بيئته باليد، وبعضهم يرى أن البيتين لما تعارضتا تساقطتا فبقي الشيء بيد حائزه، ولذلك قالوا إنما يرجح باليد إذا لم يوجد مرجع أصلاً، فإن وجد ما يرجح بيئة الخارج من زيادة علم كذكر سبب الملك ونحوه وكانت بيئة ذي اليد مطلقة فإنهم يقدمون بيئة الخارج (أنظر البهجة في شرح التحفة ١/ ١٤٦، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩، مغني المحتاج ٤/ ٤٨١، أدب القضاء لابن أبي الدم ٢٩٧، ٢٩٨).

(٣) تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩، تهذيب الفروق ٤/ ١٠٧، مغني المحتاج ٤/ ٤٨٠، أدب القضاء لأبن أبي الدم ٢٩٧، شرح السنة للبغوي ١٠/ ١٠٧، المغني ٩/ ٢٧٥، ٢٧٦، الفروع ٦/ ٥٣٥.

(٤) المغني ٩/ ٢٧٦.

٢ - قياس البينتين على الخبرين اللذين مع أحدهما قياس ، فإذا تعارض خبران وكان مع أحدهما قياس فإنه يقدم ، فكذا إذا تعارضت بيتان وكانت اليد تشهد لاحدهما فإنها تقدم^(١) .

٣ - ولأن اليد مرجحة لجانب صاحبها في حالة ما لو لم يكن هناك بينة فكذا ترجح جانبه في حالة تعادل البينتين^(٢) .

الترجيح :

ويظهر والله أعلم رجحان القول بترجيح بينة صاحب اليد لما يلي :

- لأن حديث جابر المتقدم صريح في الترجيح باليد حيث قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم لصاحبها .

- ولأنه عند تعارض البيئات يجب ترك المتنازع فيه مع صاحب اليد .

- ولقوله تعالى ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ﴾^(٣) .

- ومن العدل التسوية بين الخصوم ، وليس من التسوية أن تلغى بينة صحيحة لاسيما وقد عضدتها قرينة اليد .

أما أدلة المخالفين فيجواب عنها بما يلي :

- أما الأحاديث فلا تمنع قبول البينة من صاحب اليد في هذه الحالة لأنه

يطلب لنفسه بقاء اليد ، فتكون البينة مشروعة في حقه لأنه طالب ، وأيضاً

فإنه عندما أقام الخارج بيئته صار جانب الداخل أضعف ، فوجب أن يكون

مدعياً تشرع البينة في حقه^(٤) .

(١) مغني المحتاج ٤ / ٤٨٠ .

(٢) تهذيب الفروق ٤ / ١٠٧ .

(٣) النحل ٩٠ .

(٤) تهذيب الفروق ٤ / ١٠٧ ، ١٠٨ .

- وأما الدليل العقلي فقد اعتمدوا فيه ترجيح بينة الخارج استناداً على يده السابقة فرضاً، فكيف لا يرون الترجيح باليد الثابتة حقيقة وواقعاً^(١).

٦ . ٨ . ٣ تعارض بينتي الخارجين

إذا تعارضت البينتان والعين ليست في يد واحد من المتنازعين ففي هذه الحال لا تخلو العين من أحد أمرين :

الأمر الأول : أن تكون لا يد لأحد عليها - كمتاع ملقى في طريق - مثلاً - والحكم في هذه الحالة كما لو كانت العين بيديهما معاً ولا ترجيح باليد هنا لاستواء اليدين ، وسيأتي بيان حكم ذلك .

الأمر الثاني : أن تكون العين بيد ثالث ولا يخلو من أحد احتمالين أيضاً :

الاحتمال الأول : أن يكون من بيده العين يدعيها لنفسه ، وينكر أنها لأحد صاحبي البينتين ، وفي هذه الحالة إن قلنا بسقوط البينتين لتناقض موجهما حلف لكل واحد منهما وهي له لأنه منكر ، والمدعيان أصبحا كمن لا بينة لهما ، وعلى القول بأن البينتين لا تسقطان تنزع العين من صاحب اليد ، وهل تقسم بين المدعين ، أو ترجح إحدى البيتين بالقرعة؟^(٢) سيأتي الجواب على ذلك في محله .

(١) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٢٤ .

(٣) مغني المحتاج ٤ / ٤٨٠ ، الشرح الكبير ٦ / ٣٣٣ ، المقنع ٤ / ٣٠٣ .

الاحتمال الثاني : أن لا يدعيها من هي بيده لنفسه ، فإن كان يعترف بأنها خارجة عن ملكه ولا يقربها لشخص بعينه كاللقطة ، ففي هذه الحالة حكمها لو كانت ملقاة في فلاة ، فيتحقق التعارض بين البيتين كحالة كون العين بيدي المتنازعين معاً .

وأن أقربها صاحب اليد لأحدهما بعينه بعد أن أقام كل واحد منهما بينة أنها له ، فعلى القول بعدم سقوط البيتين لم يرجح بإقراره ، لأن البيتين أثبتتا زوال ملكه فصار كالأجنبي ، وعلى القول بسقوط البيتين يقبل إقراره ^(١) .

٦ . ٩ الترجيح بالقرائن العرفية

تقدم الكلام على القرائن وتقسيمها حسب القوة إلى ثلاثة أقسام :
القسم الأول : قرائن قوية قاطعة يمكن للقاضي أن يحكم بموجبها ولا تحتاج للتقوية بوسيلة أخرى من الوسائل .
القسم الثاني : قرائن وهمية ضعيفة لا اعتبار لها .

وأما القسم الثالث : فهو قرائن مرجحة لما تقترب به من الأدلة ليست من القوة بحيث تعتبر دليلاً مستقلاً ولكنها ترجح جانب أحد الطرفين في النزاع عندما تتعذر البيانات أو تتعارض ، والقرائن العرفية من هذا القبيل . . .
والذي أريد ذكره هنا أن للعرف دوراً كبيراً في الترجيح ، فالمتمسك بالعرف من المتنازعين يكون القول قوله ، ويعتبر مدعى عليه فلا يطالب بالبينة لقوة جانبه .

(١) الشرح الكبير ٦/٣٣٣ ، المقنع ٤/٣٠٣ ، وأنظر أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٢٨ ، ٣٢٩ ، تبصرة الحكام ١/٣١١ ، مع أنه في هذه الحالة لا يعد مقراً بل يعد شاهداً لما سبق من الفرق بين الإقرار والشهادة فيكون الترجيح من باب الترجيح بزيادة العدد .

وكذلك إذ أحضر المتنازعان بنيتين متعارضتين وشهد العرف مع إحداهما فإنها تقدم على الأخرى ، سواء أكان التعارض بين قرينتين أم بين وسيلتين من وسائل الإثبات الأخرى^(١) .

مثال ذلك : تنازع الزوجين في متاع البيت الذي هو تحت يديهما معا ، فإن يد كل واحد منهما قرينة تدل على أن المتاع له ، لكن يد من شهد له العرف أقوى وأظهر لأنها يد اختصاص بالتصرف والاستعمال ، ويد الآخر يد استيلاء فقط ، فيقضى للرجل بما يصلح للرجال كثيابه وسلاحه وفرسه مثلا ، وللمرأة بما يصلح للنساء كثيابها وحليها^(٢) ويرى الشافعية أن الزوجين يحلفان ويقسم جميع المتاع بينهما في هذه الحالة كما لو تنازعا داراً يسكنان فيها^(٣) .

٦ . ١٠ اليمين مع الترجيح

إذا تعارضت البيتان في الظاهر ثم ترجحت إحداهما على الأخرى بمرجح من المرجحات الآنفه الذكر ، فهل يحلف من ترجحت بيته ليحكم له بموجبها أو لا يحلف فيحكم بدون يمين؟

-
- (١) هذا على القول بأن بينة الداخل تقدم على بينة الخارج لأن من شهد له العرف يعتبر داخلاً وتقدم أن القول بالترجيح باليد هو الراجح .
- (٢) تبصرة الأحكام ١ / ١٢٥ ، القواعد الفقهية في الفقه الإسلامي لابن رجب ٣٢٤ ، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ١٤٩ مجمع الأنهر ٢ / ٢٦٨ .
- (٣) المذهب للشيرازي ٢ / ٣١٨ .

- مذهب الجمهور : أنه يقضي لصاحب البيئة الراجعة من غير يمين مطلقاً ، ذهب إلى ذلك الحنفية والحنابلة وبعض المالكية والشافعية في المشهور عندهم . لعدم الحاجة إلى اليمين ما دامت البيئة الراجعة موجودة ^(١) .

- وذهب المالكية في المشهور عندهم والشافعية في قول مرجوح إلى أن اليمين لا بد منها في حالة الترجيح باليد ، فإذا كانت العين في يد أحد المتنازعين وأقام كل واحد منهما بيئة أنه له فإنه يقضي ببيئة صاحب اليد مع يمينه .

وحجتهم في ذلك أن البيتين لما تعارضتا سقطتا وبقي الشيء المتنازع فيه بيد حائزة فيحلف كما يحلف في حالة انعدام البيتين أصلاً ^(٢) .

وكذلك يرى بعض المالكية أن البيتين إذا تعارضتا وكانت إحداها أكثر عدالة فإنه يقضي بها مع يمين صاحبها ، وتقدم بيان هذا القول .

والراجع : والله أعلم ما ذهب إليه الجمهور من مختلف المذاهب من عدم الحاجة إلى اليمين مع البيئة الراجعة مطلقاً لأن البيئة الراجعة صحيحة كما لو لم يعارضها شيء وهي قائمة لم تلغ وإنما ألغيت البيئة المرجوحة .

(١) المغني ٩/ ٢٧٦ ، الكافي لابن قدامة ٤/ ٤٩٠ ، الفروق ٤/ ٦٤ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٨٠ ، المهذب ٢/ ٣١٢ .

(٢) فتح العلي المالك لعليش ٢/ ٣٠٥ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩ ، المهذب ٢/ ٣١٢ ، وإن ترجحت بيئة الخارج على بيئة ذي اليد لسبب ما من أسباب الترجيح ، فالمشهور عند المالكية أنها تقدم ويحلف صاحبها معها وقيل تقدم ولا يحلف معها (انظر فتح العلي المالك ٢/ ٣٠٥ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٠٩) .

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

٧ . ١ موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح
٧ . ٢ استعمال البيتين بالقسمة (قسمة المتنازع فيه)
٧ . ٣ استعمال البيتين بالقرعة

رَفَعُ
عبد الرحمن البخاري
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

العمل عند تعذر الترجيح

٧ . ١ موقف القاضي عند عدم إمكان الجمع أو الترجيح

وتم تقسيمه إلى مطلبين وهما :

- البيانات المتعارضة بين الاستعمال والسقوط

- طريقة الاستعمال عند القائلين به .

تمهيد

إذا تحقق التعارض بين البيانات بأن تعذر على القاضي الجمع أو الترجيح بينها بأي طريق من طرق الترجيح فما الموقف الذي يتخذ من البيانات في هذه الحالة؟

هل تستعمل بطريقة أخرى أو تنهاتر^(١) فيسقط اعتبارها؟ وإذا كانت تستعمل فما طريقة استعمالها؟ هل تستعمل بقسم المتنازع فيه بين المتنازعين أو يقرع بينهما؟ أو يتوقف عن العمل بها حتى يوجد ما يرجح بعضها على بعض؟ اختلفت آراء الفقهاء في ذلك : فمن قائل إن البيانات تستعمل ولا تسقط ، ومن قائل إنها تلغى ، ثم إن القائلين باستعمالها اختلفوا في الطريقة التي تتخذ للاستعمال .

(١) تنهاتر الشهادات تساقطت ، وبطلت وتنهاتر الخصمان ادعى كل منهما على صاحبه باطلاً ، والشهادات المتناهرة هي التي يكذب بعضها بعضاً والفقهاء يطلقون على إلغاء البيانات المتعارضة لفظ التنهاتر والسقوط (المصباح المنير ٢ / ٨٧٠ ، الطريقة الواضحة ٢٢٦) .

وإليك بيان الخلافين في المطلبين الآتين

٧ . ١ . ١ . البيانات المتعادلة بين الاستعمال والسقوط

اختلف الفقهاء هل تستعمل البيانات المتعادلة أو تلغى على قولين :

القول الأول : إن البيانات المتعادلة تستعمل ولا تسقط - وإلى هذا ذهب الحنفية والظاهرية ، وهو قول للشافعية ، ورواية للحنابلة ^(١) .

واستدلوا بما يلي :

١ - ما رواه أبو موسى ^(٢) (أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم - فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين) ^(٣) .

وجه الدلالة من الحديث :

أنه ذكر القسمة ولم يذكر اليمين ولو كانت البيتان ساقطتين لطلب منهما الحلف .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٤١ ، المحلى ٩ / ٤٣٦ ، مغني المحتاج ٤ / ٤٨٠ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٦ / ٣٣١ ، وهذا إذا لم يكن العمل بهما متعذراً أصلاً ، فإن تعذر أصلاً سقطتا ، كما لو شهدت إحداهما على القتل في وقت ، وشهدت الأخرى على الحياة في ذلك الوقت نفسه (الوجيز للغزالي ٢ / ١٦١) .

(٢) هو عبد الله بن قيس بن سليم بن حضار بفتح المهملة وتشديد الضاد ، أبو موسى كنيته ، من بني الأشعر من قحطان ، صحابي جليل ، أمره عمر ثم عثمان وهو أحد الحكمين بصفين ، توفي سنة ٤٤ هـ وقيل بعدها (شذرات الذهب ١ / ٥٣ ، الأعلام ٤ / ١١٤) .

(٣) أخرجه الحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين ، وأخرجه أبو داود والبيهقي وابن أبي شيبه (المستدرک ٤ / ٩٥ ، سنن أبي داود ١٥ / ٣٠٣ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠ / ٢٥٧ ، المصنف في الأحاديث والآثار ٦ / ٣١٧) .

٢ - وقالوا إن البينة دليل من أدلة الشرع والعمل بالدليلين واجب بقدر الإمكان وهنا إن تعذر العمل بالبنتين بإظهار الملك في كل المحل إلا أنه أمكن العمل بهما بإظهار الملك في النصف فيقضي لكل واحد منهما بالنصف^(١).

القول الثاني : أن المتنازعين يصيران كمن لا بينة لهما ويصار إلى التحالف فإن نكل أحدهما حكم بالمدعى للحالف ، وأن حلفا قسم بينهما وإلى هذا ذهب المالكية وهو أحد قولي الشافعية ورواية أخرى للحنابلة^(٢).
وحجة هؤلاء :

١ - أن العمل بالبنتين متعذر لتنافي موجههما لاستحالة كون العين الواحدة مملوكة لاثنتين على الكمال في زمان واحد فتبطلان معا ، إذ ليس العمل بإحدهما بأولى من العمل بالأخرى .

٢ - قياس البنتين على الخبرين ، فإن الخبرين يسقطان إذا تعارضا وتساويا ، فكذلك البنتان تسقطان إذا تعارضا وتساوتا وإذا سقطت البنتان يصار إلى التحالف^(٣).

ثم إن القائلين بالاستعمال اختلفوا في كفيته ، وبعد ذكر خلافهم أتكلم عن الترجيح بين القولين بالاستعمال والسقوط وعلى الترجيح كذلك ، بين الأقوال في كيفية الاستعمال .

(١) بدائع الصنائع ٢٣٦/٦ ، مغني المحتاج ٤٨٠/٤ .

(٢) تبصرة الحكام ٣٠٨/١ ، القوانين الفقهية ٢٠٠ ، مغني المحتاج ٤٨٠/٤ ، شرح السنة للبغي ١٠٧/١٠ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣١/٦ ، الفروع لابن مفلح ٥٣٦/٦ .

ويرى الحنابلة على هذه الرواية أن الخصمين يقتصران على اليمين ، فمن خرجت له القرعة حلف ، وأخذ الشيء المتنازع فيه (المغني ٢٨٨/٩) .

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣١/٦ .

٧ . ١ . ٢ طريقة الاستعمال عند القائلين به

لم يتفق القائلون باستعمال البيانات المتعارضة على طريقة واحدة للاستعمال بل تعددت رواياتهم وأقوالهم من مختلف المذاهب وحتى في المذهب الواحد .

ويمكن حصر تلك الأقوال والروايات في ثلاثة آراء :

الرأي الأول : يقسم المتنازع فيه بين المتنازعين في حالة تحقق التعارض بين البيانات ^(١) ذهب إلى ذلك الحنفية والظاهرية والشافعية في قول . والحنابلة في رواية ^(٢) .

واستدلوا لذلك بما يلي :

١ - حديث أبي موسى المتقدم ذكره (أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما شاهدين فقسمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين) .

وجه الاستدلال من الحديث :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بقسمة المتنازع فيه عند تحقق التعارض بين البيتين ، ولم يذكر الحديث القرعة ولا التوقف ، فدل على أن القسمة هي المطلوبة في حال التعارض .

(١) إنما يتأتى استعمال البيانات عن طريق القسمة إذا كان المحل المتنازع فيه قابلاً للاشتراك كما لو تنازع اثنان في عين تقبل القسمة ، أما إذا كان المحل غير قابل للاشتراك فلا ترد القسمة كما لو برهن اثنان على نكاح امرأة حية ، أو على نسب ، أو نحو ذلك ما لا يقبل الاشتراك (مجمع الأنهر ٢ / ٢٧٣ ، تحفة المحتاج ١٠ / ٣٢٦ ، المغني ٩ / ٢٨٧ ، ٢٨٨ ، القواعد لابن رجب ٣٦٣ .

(٢) مجمع الأنهر ٢ / ٢٧٣ ، المحلى ٩ / ٤٣٧ .

٢- ولأنهما تساويا في دعوى المتنازع فيه فيجب أن يتساويا في قسمته^(١).
والقرعة لا بد أن تحرم أحد المتنازعين فكانت القسمة أعدل.

٣- ومن العقل أيضاً ما ذكره ابن حزم من أن المتنازع فيه إذا كان في أيديهما معا فهو بلا شك لهما بظاهر الأمر وإن لم يكن في أيديهما فقد شهد به لهما، وليست إحدى البيتين أولى من الأخرى، فوجبت قسمته في كل ذلك بينهما^(٢).

الرأي الثاني: إذا تحقق التعارض بين البيئات فإن النزاع يفض بالقرعة، فمن خرجت له القرعة من المتنازعين ترجع جانبه وحكم له بالشيء المتنازع فيه.

ذهب إلى ذلك الشافعية في قول والحنابلة في رواية رجحها ابن القيم^(٣).
واستدلوا على ذلك:

بما روي عن سعيد بن المسيب قال: (اختصم رجلان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر وجاء كل واحد منهما بشهود عدول على عدة واحدة فأسهم بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: اللهم أنت تقضي بينهم ف قضى للذي خرج له السهم)^(٤).

(١) المغني ٢٨٨/٩، الطرق الحكيمة ٣٢٤.

(٢) المحلي ٤٣٧/٩.

(٣) الوجيز ١٦١/٢، مغني المحتاج ٤٨٠/٤، المغني ٢٨٨/٩، قواعد ابن رجب ٣٦٣، الطرق الحكيمة ٣٢٥-٣٢٨.

(٤) أخرجه البيهقي ٢٥٩/١٠، وأخرجه بن حزم من طريق آخر (المحلي ٩/٤٣٨) وهو من مراسيل سعيد في الطريقين.

وجه الاستدلال من الحديث :

أن البيتين لما تعارضتا وكانتا على عدة واحدة أقرع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المتخاصمين وقضى لمن خرجت له القرعة ولم يقسم المتنازع فيه بينهما، فدل على أن القرعة هي التي تفض النزاع في هذه الحالة^(١).

الرأي الثالث : يتوقف القاضي في القضية التي تعارضت فيها البيئات من كل وجه إلى أن ينكشف الأمر فتظهر البيئة الراجحة أو يصطلح المتنازعان . ويعبر عنه في المحاكم الآن بتأجيل الدعوى حتى تكتمل الأدلة لدى المحكمة .

وبه أخذ الشافعية في قول لهم وذكره ابن رجب على أنه رواية أخرى للحنابلة^(٢).

لأن البيئات المتعارضة يتعذر العمل بها معاً، وليس العمل بإحداها أولى من العمل بالأخرى، فوجب التوقف والانتظار حتى تترجح إحدى البيئات، أو يقر أحد الخصمين لصاحبه أو يتصالح الأطراف، لأنه أشكل الحال فيما يرجى انكشافه كالمرأة إذا زوجها وليان أحدهما بعد الآخر ونسي السابق منهما^(٣).

ووجوب التوقف إنما هو لانتفاء الظن الذي هو مستند الأحكام في رجحان أحد الجانبين، إذ لا يجوز الحكم إلا بعلم أو ظن^(٤).

(١) الطرق الحكمية ٣٢٥.

(٢) تحفة المحتاج ٣٢٦/١٠، المهذب ٣١٢/٢، القواعد لابن رجب ٣٦٤.

(٣) مغني المحتاج ٤/٤٨٠، المهذب ٣١٢/٢.

(٤) وسائل الإثبات للزحيلي، ٨٤٣.

الترجيح :

بعد عرض أقوال العلماء وما استدلوا به في موقف القاضي عند تعذر الجمع والترجيح بين البيئات المتعارضة يظهر أن كل قول يعتمد على دليل صحيح أو مصلحة راجحة فكان الأولى الجمع بينها وترك الأمر في ذلك للقاضي ومدى فطنته وذكائه ، وما يتحصل له من علم أو ظن حسب اختلاف القضايا وظروفها المحيطة بها ، فقد يحصل له علم أو ظن بكذب البيئات أو ضعفها فيلغيها نهائياً أو يتوقف حتى يجد ما يرجح بعضها على بعض ، وقد تكون البيئات من القوة بحيث لا يمكن أن يتوجه إليها طعن ولا خدش فيقرر إعمالها بالوسيلة المناسبة للقضية وللطرفين فيها فقد يستعمل القسمة إذا كان المحل قابلاً لها وكان يترتب على حرمان أحد الخصمين ضرر أو مفسدة .

وقد يستعمل القرعة ويترك الأمر لتقدير الله وقضائه خاصة إذا توجهت إليه التهمة أو خاف حقداً أو ضغينة من أحد الخصمين .

لاسيما وأن الدعوى قد تكون فيما تتأتى فيه الطرق المذكورة كما إذا كانت في عين قابلة للقسمة .

وقد تكون فيما يتأتى فيه بعضها كدعوى نكاح امرأة على قيد الحياة^(١) . أو دعوى نسب ونحو ذلك من الحقوق الشرعية فإن المحل فيها غير قابل للقسمة .

وقد لا يتأتى في البيئتين إلا السقوط كما لو شهدت إحداهما على القتل في وقت وشهدت الأخرى على الحياة في الوقت نفسه وهكذا^(٢) .

(١) أما لو برهننا على نكاحها بعد موتها فيرى بعض العلماء أنه يقضي بالنكاح بينهما وعلى كل واحد منهما نصف المهر ، ويراثان ميراث زوج واحد (مجمع الأنهر ٢٧٣/٢) .

(٢) الوجيز ١٦١/٢ ، مغني المحتاج ٤/٤٨٠ ، المغني ٩/٢٩٥ .

وسأتكلم عن صورتى الاستعمال بالقسمة والقرعة مفرداً كل واحدة
ببحث مستقل ، وذلك نظراً لأهميتهما .

٧ . ٢ استعمال البيتين بالقسمة (قسمة المتنازع فيه)

وتم تقسيمه إلى أربعة مطالب هي :

- تعريف القسمة ، وبيان المراد بها هنا .
- بعض الصور التي قد تستعمل فيها البيئات بالقسمة .
- مشروعية القسمة في القضاء .
- طريقة القسمة عند اختلاف المتنازعين في مقدار الدعوى .

٧ . ٢ . ١ تعريف القسمة وبيان المراد بها هنا

أولاً : تعريفها لغة

يقول ابن فارس (القاف والسين والميم أصلاً صحيحان يدل أحدهما
على جمال وحسن والآخر على تجزئة شيء فالأول القسام وهو الحسن
والجمال . . . والأصل الآخر القسم مصدر قسمت الشيء قسماً والنصيب
قسم بكسر القاف)^(١) .

وفي اللسان (وقسمه جزأه وهي القسمة ، والقسم بالكسر النصيب
والحظ)^(٢) .

(١) معجم مقاييس اللغة له ٨٦ / ٥ (قسم) .

(٢) لسان العرب ٨٧ / ٣ (قسم) .

ثانياً : تعريفها اصطلاحاً

عرفها الخطيب الشربيني بأنها (تمييز بعض الانصباء من بعض)^(١).
وعرفها الجرجاني بأنها (تمييز الحقوق وإفراز الأنصباء)^(٢).

والمراد منها في هذا الموضوع جعل الشيء المتنازع فيه قسمين فأكثر وإعطاء كل من المتخاصمين قسماً - وذلك عندما تتعارض البيانات ويتعذر الترجيح بينها^(٣).

ويشترط لصحة استعمالها أن لا تفوت منفعة الشيء المقسوم بالقسمة وأن لا يكون ذلك معارضاً لنص شرعي كما لو كان النزاع في نكاح امرأة وكل من الخصمين يقيم البينة أنها زوجته ولم يوجد مرجح لأحدى البيتين على الأخرى ، فلا تصح القسمة في هذه الحالة لحرمة الاشتراك في المحل بالشرع^(٤).

٧ . ٢ . ٢ بعض الصور التي قد تستعمل فيها البيانات بالقسمة

من الصور التي يتحقق فيها التعارض بين البيتين صور تساوي الأيدي في الشيء المتنازع فيه ، فيلجأ القاضي إلى القسمة إن رأى فيها عدلاً أو مصلحة للمتخاصمين وإليك بعض الأمثلة على ذلك :

(١) مغني المحتاج له ٤١٨/٤ .

(٢) التعريفات له ١٨٢ .

(٣) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٣١ .

(٤) مجمع الأنهر ٢/٢٧٣ ، ٢٨٧ ، الوجيز ٢/١٦١ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٣٣٧/٦ .

١ - إذا تنازع اثنان في عين وأقاما بيتتين على ملك مطلق أو بسبب واحد وكانت العين في يديهما معاً فللقاضي أن يقسم العين بينهما عندما يتعذر الترجيح بين البيتين .

٢ - إذا ادعى اثنان ملكاً في يد غيرهما لكنه لا يدعيه لنفسه ولا يقربه لواحد منهما وأقام كل منهما بينة أنه له دون صاحبه وتعذر ترجيح إحداهما على الأخرى .

٣ - أو ادعى عينا لا يد لأحد عليها وأقام كل منهما بينة أنها له دون صاحبه ولم يوجد ما يرجح إحدى البيتين ، فللقاضي أن يستعمل البيتين بالقسمة في هذه الصور كلها ^(١) .

٧ . ٢ . ٣ مشروعية قسمة المتنازع فيه في القضاء

لما كانت وسائل الإثبات التي يستند إليها القضاة في الحكم عرضة للفقدان وللتعارض والاختلاف أصبحت الحاجة قائمة إلى ملجأ آخر لفصل النزاع ولتخليص الشركاء من ضرر الشركة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف في ملكه على الكمال ، فشرعت القسمة لحل النزاع بين الخصوم ، ولتحرر الشركاء من سوء المشاركة واختلاف الأيدي ^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٣٦ ، أدب القاضي للخصاف مع شرحه للصدر الشهيد ٤/٥٣٥ ، البهجة في شرح التحفة ١/١٤٩ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/١٩٧ ، مغني المحتاج ٤/٤٨٠ ، المهذب ٢/٣١٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٢٩ ، المغني ٩/٢٨٨ ، قواعد ابن رجب ٣٦٣ ، المحلي ٩/٤٣٦ .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤١٨ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٦/٢١٧ .

وقد اتفق الفقهاء على مشروعية قسمة المتنازع فيه في القضاء - في الجملة - سواء في حالة فقدان البيّنات أصلاً ، أو في حالة استعمالها بالقسمة ، أو إسقاطها واستعمال القسمة ^(١) .

كما لو تنازع الخصمان في شيء وادعى كل واحد منهما أنه له دون صاحبه وأقام بيّنة تعارض بيّنة الآخر من كل وجه وتعذر الجمع والترجيح .

وقد وردت أحاديث تدل على مشروعية القسمة في النزاع أهمها :
١ - حديث أبي موسى المتقدم (أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسّمه النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين) .

وجه الاستدلال :

أنه لما تعارضت البيّتان في البعير قسّمه النبي صلى الله عليه وسلم بين المتخاصمين فدل ذلك على مشروعية القسمة في القضاء عندما تتعارض البيّنات ويتعذر الترجيح .

٢ - ما رواه أبو موسى أيضاً (أن رجلين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بيّنة فجعلها بينهما نصفين) ^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٣٦ ، مجمع الأنهر ٢/٢٧٢ ، البهجة في شرح التحفة ١/١٤٩ ، تبصرة الحكام ١/٣١١ ، مغني المحتاج ٤/٤١٨ ، ٤٨٠ ، المهذب ٢/٣١٢ ، المغني ٩/٢٨٨ ، قواعد بن رجب ٣٦٣ ، المحلي ٩/٤٣٦ .

(٢) أخرجه أبو داود ، والنسائي ، وابن ماجه ، وأحمد ، والحاكم ، والبيهقي ، قال الحاكم (صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وقد خالف همام بن يحيى سعيد بن أبي عروبة في متن هذا الحديث (سنن أبي داود ١٥/٣٠٢ ، سنن النسائي ٨/٢٤٨ ، سنن ابن ماجه ٢/٧٨٠ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٥/٢١٧ ، المستدرک ٤/٩٥ ، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٥٤ ، ٢٥٥) .

وجه الدلالة :

أن الرجلين لم تكن لواحد منهما بينة وقد قسم النبي صلى الله عليه وسلم - الدابة بينهما نصفين ، فدل على أن القسمة مشروعة في القضاء عند انعدام البينتين أيضاً .

وهذا الحديث رواه بعضهم بلفظ (فبعث كل واحد منهما شاهدين) وبعضهم بلفظ (ليس لواحد منهما بينة) .

قال البغوي : (فهذا يحتمل أن تكون القصة واحدة والشيء في أيديهما إلا أن الشهادات لما تعارضت تهاوتت فصارا كمن لا بينة له فحكم لهما بالشيء نصفين بحكم اليد ، ويحتمل أن تكون القصة مختلفة وكان البعير في يدي غير المتداعيين في إقامة البينتين فلما أقام كل واحد منهما شاهدين على دعواه نزع الشيء من يدي صاحب اليد وجعل بين المدعين^(١) يقول الشوكاني : (والاحتمال الأخير أظهر ، لأن حمل الإسنادين على معنيين أرجح من حملهما على معنى واحد ، ولأن القاعدة ترجيح ما فيه زيادة علم على غيره)^(٢) .

وسواء أكانت القصة واحدة أم مختلفة فإن الروايتين تدلان على مشرعية القسمة في القضاء عند تعارض الدعوى .

(١) شرح السنة له ١٠٧/١٠ ، ١٠٨ .

(٢) نيل الأوطار ٩/٢١٤ ، ٢١٥ .

٧ . ٢ . ٤ طريقة القسمة عند اختلاف المتنازعين في مقدار الدعوى

إذا استوى المتنازعان في مقدار الدعوى ، مثل أن يدعي كل واحد منهما جميع العين ، أو يدعي أحدهما نصفها ويدعي الآخر النصف الآخر ^(١) ، استويا في القسمة فتقسم العين بينهما نصفين ^(٢) .

وإن اختلفا في مقدار الدعوى كأن يدعي أحدهما الجميع ، ويدعي الآخر النصف - مثلاً - وقيم كل واحد منهما بينة على ما يدعيه ، فقد اختلف العلماء في كيفية القسمة - عند العمل بها - في هذه الحالة .

وقيل ذكر الخلاف لا بد من التذكير بصورتي تحقق التعارض عندما يستوي الخصمان في الأيدي بأن يكون المدعى لا يد لواحد منهما عليه أو هو تحت يديهما معاً ، فإن لم يكن لواحد منهما يد عليه قسم بينهما على قدر الدعوى باتفاق القائلين بالقسمة ^(٣) وإن كانت تحت أيديهما فإنه يقضي لمدعي الكل بالكل عند الحنفية ، وهو ظاهر المذهب عند الحنابلة ، لأنهم يعتبرون مدعي الكل خارجاً ومدعي النصف داخلياً . وبينه الخارج تقدم على بينة الداخل عندهم ^(٤) .

(١) وهذه الحالة لم يتحقق فيها التعارض أصلاً لأن البيتين لم تردا على محل واحد (مغني المحتاج ٤ / ٤٨٠) .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٢٤١ القوانين الفقهية ٢٠٠ .

(٣) بدائع الصنائع ٦ / ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، حلي المعاصم بهامش البهجة ١ / ١٤٩ ، حاشية الدسوقي ٤ / ١٩٨ .

(٤) بدائع الصنائع ٦ / ٢٤٠ ، المغني ٩ / ٢٨٣ .

- ذهب جمهور المالكية إلى أن المدعى يقسم على قدر الدعوى كما لو لم يكن بيد واحد منهما .

- وذهب أشهب وسحنون إلى أنه يقسم بينهما بالسوية لتساويهما فيه بالحيازة^(١) .

- وإذا أردنا القسمة على قدر الدعوى إما اتفاقاً في حالة كونهما خارجين أو على المشهور عند المالكية في حالة كون المدعى تحت يديهما ، ففي كيفيتهما قولان للعلماء :

القول الأول : أنه ينظر إلى القدر الذي وقع التنازع فيه فيقسم ويترك الجزء الذي خلا عن المنازعة سالماً لمدعيه ، ففي حالة ادعاء أحدهما الكل والآخر النصف يقسم النصف المتنازع فيه ويترك النصف الآخر لمدعي الكل ، فيكون لمدعي الكل ثلاثة أرباع ولمدعي النصف ربع .

ذهب إلى ذلك أبو حنيفة وابن القاسم^(٢) وابن الماجشون^(٣) من المالكية وأحمد - وحجتهم في ذلك :

أن مدعي النصف قد سلم في النصف الآخر لمدعي الجميع فأصبح ذلك النصف سالماً من المنازعة فيسلم لمدعي الكل ، لأنه يدعي شيئاً لا ينازعه

(١) حاشية الدسوقي ١٩٨ / ٤ ، حلي المعاصم بهامش البهجة ١ / ١٤٩ ، ميارة على العاصمية ١ / ٩٣ مطبعة الاستفادة بالقاهرة .

(٢) هو عبدالرحمن بن القاسم ، ابو عبدالله ، العتقي المصري ، أحد أعلام المذهب المالكي روى عن مالك الحديث والفقه ، ومما روى عنه الموطأ وهو مؤلف المدنة الكبرى توفي ١٩١ هـ (ترتيب المدارك ١ / ٤٣٣ ، الديباج المذهب ١٤٦) .

(٢) هو عبدالملك بن عبدالعزيز ، أبو مروان المعروف بابن الماجشون ، كان فقيهاً فصيحاً من أعلام أصحاب مالك دارت عليه الفتوى في زمانه إلى موته ، وعلى أبيه قبله توفي ٢١٢ وقيل ٢١٤ هـ (الديباج المذهب ١٥٣ ، ترتيب المدارك ١ / ٣٦٠) .

فيه غيره ، ومن ادعى شيئاً لا ينازعه فيه غيره سلم إليه . والنصف الآخر استوت فيه منازعتهما فيقسم بينهما نصفين فكانت القسمة أرباعاً ، ثلاثة أرباع لمدعي الكل وربع لمدعي النصف ^(١) .

القول الثاني : يسلك في القسمة مسلك عول الفرائض ففي هذه الحالة التي يدعي فيها أحدهما جميع العين والآخر نصفها تعول المسألة بنصف لأن أحدهما يدعي نصفين والآخر يدعي نصفاً واحداً فتقسم على ثلاثة يكون لمدعي الجميع اثنان ولمدعي النصف واحد فيصبح المدعي بينهما أثلاثاً : ثلثان لمدعي الكل وثلث لمدعي النصف .

ذهب إلى ذلك أبو يوسف ومحمد من الحنفية ومالك وحجتهم في ذلك :

تساوي المتنازعين في المتنازع فيه فصارا كالورثة إذا زادت السهام الواجة لهم على الجميع ، وكالديون المشتركة إذا تراحت في التفليس وكذلك الوصايا ^(٢) .

- والراجع - والله أعلم - القول بالقسمة بطريق المنازعة فلا يقسم غير الجزء المتنازع فيه لأنه هو الذي حصل فيه التعارض في الحقيقة ، والحاجة التي دعت إلى القسمة إنما هي فض النزاع عند وقوع التعارض في الحجة ومدعي النصف قد سلم بالنصف الآخر لمدعي الكل ، فلا يدخل النصف الخارج عن النزاع في القسمة .

(١) بدائع الصنائع ٢٣٩/٦ ، ٢٤٠ ، رد المحتاج ٥٧٦/٥ ، القوانين الفقهية ٢٠٠ ،

٢٠١ ، ميارة على العاصمية ٩٣/١ ، حاشية الدسوقي ١٩٨/٤ ، المغني ٢٨٣/٩ .

(٢) بدائع الصنائع ٢٣٩/٦ ، ٢٤٠ ، رد المحتار ٥٧٦/٥ ، حلي المعاصم بهامش

البهجة شرح التحفة ١٤٩/١ ، حاشية الدسوقي ١٩٨/٤ ، القوانين الفقهية ٢٠١ .

وفيه عمل بالبيتين بالقدر الممكن في المحل الذي وقع التعارض فيه وهو نصف واحد فقط^(١).

٧ . ٣ استعمال البيتين بالقرعة

- وتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب هي :
- تعريف القرعة ، ومشروعيتها في الجملة .
 - مجال استعمال القرعة .
 - اليمين مع القرعة .

تمهيد

يطلق الفقهاء على اللجوء إلى القرعة عند تعارض البيتين لفظ (استعمال البيتين بالقرعة) والملاحظ أن العمل بالقرعة ليس فيه استعمال لهما ، ولكن الذي حملهم على ذلك التعبير ، أن في القرعة اعتباراً للبيتين إذ لو اعتبرنا إحداهما وألغينا الأخرى لما احتيج إلى القرعة أصلاً .

وسيكون الكلام عند استعمالهما - بهذا المعنى - بالقرعة في المطالب الآتية :

٧ . ٣ . ١ تعريف القرعة ومشروعيتها في الجملة

القرعة لغة السهمة ، والمقارعة المساهمة ويقال قارعة فقرعه إذا أصابته القرعة دونه .

واقترع القوم وتقارعوا بمعنى ، وأقرع بمعنى ساهم ويقال أيضاً أقرع بينهم^(٢) . وتطلق القرعة على النصيب^(٣) .

(١) انظر المراجع السابقة .

(٢) لسان العرب ٦٥ / ٣ (قرع) المصباح المنير ٦٩ / ٢ (قرع) .

(٣) المعجم الوسيط ٧٢٨ / ٢ .

ويأتي التعبير عن القرعة في القرآن والحديث في الغالب بالمساهمة من إلقاء السهام^(١). واصطلاحاً : عرفها مجموعة من الفقهاء بعدة تعريفات لا أطيل بذكرهما جميعاً إذ لم يسلم الكثير منها من المناقشة ، فبعضها يقتصر على بيان كيفية من كفيات القرعة ، وبعضها يذكر القرعة في القسمة فقط ، وبعضها يهمل مورد القرعة وهو التساوي والتراحم ، أو الاشتباه .

وأختار من تلك التعريفات تعريف الدكتور عبدالله العمار حيث عرفها بأنها :

(وسيلة لتعيين المستحق المبهم أو المشتبه أو تمييز المستحق غير المعين عند التساوي والتنازع بكيفية مخصوصة)^(٢).

وقد اخترت هذا التعريف لأنه يشمل القرعة فيما يجوز تعيينه دون قرعة . كما أنه يشمل القرعة لتعيين الشخص المستحق ، والقرعة لتعيين الحق كما يتضح من شرح التعريف :

- قوله : (وسيلة) : أي طريقة أو إجراء معين .
- وقوله : تعيين المستحق المبهم : مثل تعيين الجزء الشائع في قسم التركة ، كالقرعة بين النصفين للزوج والأخت في المقومات مثلاً .
- وقوله (أو تمييز المستحق غير المعين) كما إذا ثبت الاستحقاق لمتعدين وحصل التساوي بينهم وتنازعوا ، كالقرعة بين أئمة الصلاة عند تنازعهم

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٤/ ٦٢٢ ، فتح الباري ٥/ ٢٩٢- ٢٩٤ ، الطرق الحكمية ٢٨٧ .

(٢) القرعة ومجالات تطبيقها في الفقه الإسلامي . رسالة دكتوراة من قسم الفقه ، رقم ٩٦ ، ج ١ ، ص ١٨ ، إعداد عبدالله العمار ، وقد عبر الدكتور عن المستحق بفتح الحاء بالحق ، فأدى ذلك إلى خطأ في بعض الأمثلة فاستبدلتها بما هو ملائم .

على الإمامة وهم مستوون ، أو بين الخصمين إذا تعارضت البيئتان ، أو العبدین فی العتق المبهم .
- قوله : بكيفية مخصوصة «المراد بها كيفية إجراء القرعة»^(١) .

وله صور كثيرة ومختلفة وكل واحدة منها تجزئ إن شاءوا استعملوها بخواتمهم ، أو أعواد ، أو طينة مدورة تدرج فيها رقاع يكتب فيها أسماء المتنازعين ثم تلقى على الأنصباء أو تكتب فيها الأنصباء وتوزع على المتنازعين^(٢) . وتختلف هذه الإجراءات العملية باختلاف المتنازع فيه .

والقرعة من جملة الوسائل التي يفض القاضي بها النزاع وبها يرفع الإشكال وقد استعملها النبي صلى الله عليه وسلم في مواطن متعددة ، واستعملها الأنبياء من قبله فجاءت السنة موافقة لذلك الاستعمال فصار حجة على مشروعية القرعة .

والفقهاء متفقون عليها في الجملة ، وإن اختلفوا فيها تجوز فيه وسأورد بعض عبارات الفقهاء من مختلف المذاهب الأربعة تبين موقفهم من القرعة .
- جاء في بدائع الصنائع للكاساني عند كلامه على شروط القسمة : (ثم يقرع بينهم - أي بعد القسمة - لا لأن القرعة يتعلق بها حكم بل لتطبيب النفوس ولورود السنة بها ولأن ذلك أنفى للتهمة فصار سنة)^(٣) .

(١) الرسالة السابقة ، ص ١٩ .

(٢) مختصر الشيخ خليل مع جواهر الإكليل ١٦٨/٢ ، أدب القاضي للماوردي ١٩٦/٢ تحقيق محي هلال السرحان ، طبعة بغداد ، ١٣٩٢هـ ، مغني المحتاج ٤٢١/٤ ، المغني ١٢٣/٩ ، الطرق الحكمية ٢٩١ ، ٢٩٢ .

(٣) بدائع الصنائع ١٩/٧ .

- ويقول القرافي (ومتى تساوت الحقوق أو المصالح فهذا هو موضع القرعة عند التنازع دفعاً للضغائن والأحقاد والرضا بما جرت به الأقدار، وقضى به الملك الجبار)^(١).

وفي فتح الباري عند قول البخاري في كتاب الشهادات (باب القرعة في المشكلات) قال ابن حجر^(٢) :

(ووجه إدخالها في كتاب الشهادات أنها من جملة البيّنات فكما تقطع الخصومة والنزاع بالبيّنة كذلك تقطع بالقرعة)^(٣).

- ويقول ابن القيم بعد أن ذكر أدلة مشروعية القرعة :

(فهذه السنة - كما ترى - قد جاءت بالقرعة كما جاء بها الكتاب وفعلها أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بعده)^(٤).

- وكذلك يقول الشوكاني عند كلامه على الاستهام على اليمين :

(وجه القرعة أنه إذا تساوى الخصمان فترجيح أحدهما بدون مرجح لا يسوغ فلم يبق إلا المصير إلى ما فيه التسوية بين الخصمين وهو القرعة وهذا نوع من التسوية المأمور بها بين الخصوم)^(٥).

فالذي يفهم من هذه النصوص هو أن الفقهاء متفقون على أن القرعة مشروعة يجوز العمل بها إلا أن الحنفية يجعلون نطاق استعمالها ضيقاً والآخرين يتوسعون في استعمالها - كما سيأتي :

(١) الفروق ٤ / ١١١ .

(٢) هو أحمد بن علي بن محمد الحافظ شهاب الدين أبو الفضل المصري الشافعي المعروف بابن حجر العسقلاني له تصانيف كثيرة من أشهرها (فتح الباري شرح صحيح البخاري) توفي ٨٥٢ هـ (شذرات الذهب ٧ / ٢٧٠ ، الاعلام ١ / ١٧٨) .

(٣) فتح الباري ٥ / ٢٩٣ .

(٤) الطرق الحكمية له ٢٨٨ .

(٥) نيل الأوطار له ٩ / ٢١٥ .

- كما اتفقوا أيضاً على أن القرعة لا تكون إلا عند الاستواء في الاستحقاق ،
أما إذا تعينت المصلحة أو الحق في جهة فإنه لا يجوز الإقراع بينها وبين
غيرها ^(١).

يقول القرافي (اعلم أنه متى تعينت المصلحة أو الحق في جهة لا يجوز
الإقراع بينه وبين غيره لأن في القرعة ضياع ذلك الحق المتعين أو المصلحة
المتعينة) ^(٢).

وكذلك قال الإمام الشافعي - رحمه الله تعالى - (فلا تكون القرعة والله
أعلم إلا بين قوم مستوين في الحجة) ^(٣).
ولذلك لا يلجأ إلى القرعة عند تعارض البيّنات إلا بعد تحقق التعارض
والعجز عن الترجيح بينها .

٧ . ٣ . ٢ مجال استعمال القرعة

اختلف الفقهاء في مجال استعمال القرعة على قولين :
- القول الأول : أن القرعة لا تستعمل إلا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة
كتعيين النصيب بعد القسمة وتقديم أحد الخصمين عند القاضي ونحو ذلك .
أما عند تعارض البيّنات أو فقدانهما فإن القسمة متعينة لاستواء
الخصمين في سبب الاستحقاق ، أما القرعة فإنها تعطي جميع الحق لأحدهما
وتحرم الآخر دون مبرر ، وإنما تستعمل فيما يجوز فيه تركها وذلك لمجرد

(١) الفروق ٤ / ١١١ ، فتح الباري ٥ / ٢٩٤ ، قواعد ابن رجب ٣٤٨ .

(٢) الفروق له ٤ / ١١١ .

(٣) الأم له ٨ / ٣ طبعة ثانية ١٣٩٣ هـ دار المعرفة .

تطبيب القلوب ونفي تهمة الميل عن نفس القاضي ، فلا توجب حكماً ولا تعين حقاً لم يكن متعيناً من قبل وإليه ذهب الحنفية ^(١) .

وقد سبقت الإشارة إلى قول الكاساني في شروط القسمة (ثم يقرع بينهم لا لأن القرعة يتعلق بها حكم بل لتطبيب النفوس) ^(٢) .

ويقول السرخسي (وإنما يجوز استعمال القرعة عندنا فيما يجوز الفعل فيه بغير قرعة كما في القسمة فإن للقاضي أن يعين نصيب كل واحد منهم بغير قرعة) ^(٣) .

واستدلوا بالمنع القرعة في غير ما يجوز فيه تركها بالسنة والقياس :

أولاً : السنة

استدلوا بالأحاديث التي وردت في القسمة بين المتنازعين عند تعارض حججهم أو فقدانها وعدم الإقراع بينهم ، كما تقدم في مبحث القسمة - وأهم تلك الأحاديث :

ما رواه أبو موسى - رضي الله عنه - : (أن رجلين ادعيا بغيراً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل منهما بشاهدين فقسمة النبي صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين) .

(١) بدائع الصنائع ١٩/٧ ، مجمع الأنهر ٢/٢٧٣ ، أحكام القرآن للجصاص ٣١١/٢ ،

أحكام القرآن لابن العربي ١/٢٧٣ .

(٢) بدائع الصنائع ١٩/٧ .

(٣) المبسوط له ٧٦/١٧ ، وانظر أحكام القرآن للجصاص ٣١١/٢ .

وجه الاستدلال من الحديث :

استعمال الرسول صلى الله عليه وسلم للقسمة وعدم استعماله للقرعة
فدل على أن القرعة غير مشروعة ^(١).

وأجيب عنه بأن استعماله صلى الله عليه وسلم - للقسمة في هذه الحالة
لا ينفي مشروعية القرعة الثابتة بالسنة أيضاً ^(٢).

ثانياً : القياس

فقد قاسوا القرعة التي يتعلق الاستحقاق بخروجها على القمار بجامع
أن كلا منهما يتعلق به تعيين المستحق ، والقمار هو الميسر والميسر محرم
بقوله تعالى ﴿يَأْيُهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِنَّمَا الْخَمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَامُ رَجَسٌ
مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُلَفَحُونَ﴾ ^(٣).

وأجيب عنه بأنه قياس مع الفارق لأن الميسر يجري بين مستحقين وغير
مستحقين أصلاً ، والقرعة تجري بين أطراف متساوين في الاستحقاق بحيث
لو انفرد كل منهم لكان مستحقاً بمفرده ، ولكن تعارض استحقاقه مع آخر
ولا يمكن أن يكون الشيء مستحقاً لكل واحد من الطرفين بشكل مستقل
فيرجع إلى القرعة في ذلك ، ولا فرق بين القرعة هنا والقرعة في القسمة
ونحوها ^(٤).

(١) مجمع الأنهر ٢/ ٢٧٢.

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٤٠.

(٣) المائدة ٩٠.

(٤) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٤٠.

القول الثاني : أن القرعة جائزة في القضاء ، تعين الحق المبهم أو المشتبه عند العجز عن تعيينه بغيرها ، كما تميز المستحق غير المعين . فعند تعارض البيانات أو فقدانها فللقاضي أن يلجأ إلى القرعة لتمييز الشخص المستحق . ذهب إلى ذلك المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية ^(١) .

واستدلوا بالكتاب والسنة والإجماع :

أولاً : الكتاب

استدلوا من الكتاب بما يلي :

١ - قوله تعالى ﴿وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون﴾ ^(٢) .

ووجه الدلالة من الآية أن إلقاء الأقلام كان للإقتراع على كفالة مريم عندما تنازع زكريا وبنوا إسرائيل على كفالتها فقال زكريا أنا أحق بها خالتها عندي ، وقال بنو إسرائيل نحن أحق بها بنت عالمنا فاقترعوا عليها ، وكان ذلك من شرع من قبلنا الذي أقره شرعنا فصار حجة ^(٣) .

٢ - وقوله تعالى ﴿وإن يونس لمن المرسلين ، إذ أبق إلى الفلك المشحون ، فساهم فكان من المدحضين﴾ ^(٤) .

(١) الفروق ٤/ ١١١ ، تبصرة الحكام ٢/ ١٠٧ ، مغني المحتاج ٤/ ٤٢١ ، المذهب ٢/ ٣١٠ ، فتح الباري ٥/ ٢٩٣ ، المغني ٩/ ٢٨٨ ، قواعد بن رجب ٣٤٨ ، الطرق الحكيمة ٢٩٢ ، المحلي ٩/ ٤٣٧ .

(٢) سورة آل عمران ، الآية ٤٤ .

(٣) تفسير ابن كثير ١/ ٣٦٣ ، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي ٤/ ٨٦ ، فتح الباري ٥/ ٢٩٢ ، الطرق الحكيمة ٢٨٧ ، ٣٠٤ .

(٤) سورة الصافات ، الآيات رقم ١٣٩ - ١٤١ .

ووجه الاستدلال من الآية :

أن يونس عليه السلام ساهم أي أقرع ونفذ ما خرج عن القرعة وأقر الله ذلك في كتابنا فدل على أن القرعة مشروعة في شرعنا^(١).

ثانياً : السنة

وردت أحاديث وآثار كثيرة تدل على مشروعية القرعة أذكر منها ما يلي :

- ١ - عن عائشة - رضي الله عنها - قالت (كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه)(٢).
- ٢ - وعن أم سلمة رضي الله عنها - قالت (أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلاًن يختصمان في مواريث لهما لم يكن لهما بينة إلا دعواهما فقال : إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو ما أسمع فمن قضيت له من حق أخيه بشيء فلا يأخذ منه شيئاً فإنما أقطع له قطعة من النار . وفي رواية فبكى الرجلان وقال كل واحد منهما حقي لك فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم (أما إذ فعلتما ما فعلتما فاقتما وتوخيا الحق ثم استهما ، ثم تحالا)(٣).

(١) ابن كثير ٤/ ٢٠ ، الطرق الحكيمة ٢٨٧ ، ٣٠٤ .

(٢) صحيح البخاري مع الفتح ٨/ ٤٥٢ ، صحيح مسلم ٤/ ١٨٩٤ ، سنن أبي داود ١٠/ ١٧٦ ، ١٧٧ ، سنن ابن ماجه ٢/ ٧٨٦ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ١٦/ ٢٣٩ .

(٣) أخرجه ابودادو ، وأحمد والحاكم ، والدارقطني ، واللفظ لأبي داود قال الحاكم (صحيح على شرط مسلم) ، وسكت عنه أبودادو . (سنن أبي داود ١٥/ ٢٦٣ الفتح الرباني ترتيب المسند ٦/ ٣٢٠ ، المستدرک ٤/ ٩٥ ، سنن الدارقطني ٤/ ٢٣٩) .

الشاهد قوله - صلى الله عليه وسلم - (ثم استهما) ووجه الاستشهاد منه أنه أمرهما بالقرعة بعد القسمة والاجتهاد في التسوية فدل ذلك على أن القرعة مشروعة لتمييز الحق عند التساوي .

٣ - عن عمران بن حصين ^(١) (أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم ، فدعا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم - فجزأهم أثلاثاً ، ثم أقرع بينهم ، فأعتق اثنين ، وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً) ^(٢) .

ووجه الاستدلال منه :

أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل القرعة عند الإبهام في الاستحقاق حيث استحق ثلث العبيد الستة العتق ، ولا يمكن تعيينه إلا بالقرعة ، فدل على مشروعية القرعة في المشكلات .

٤ - واستدلوا أيضاً بحديث سعيد بن المسيب المتقدم وهو : (اختصم رجلان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في أمر فجاء كل واحد منهما بشهداء عدول على عدة واحدة فأسهم بينهما صلى الله عليه وسلم وقال : (اللهم أنت تقضي بينهم ففضي للذي خرج له السهم) .

(١) عمران بن حصين بن عبيد بن خلف الخزاعي ، يكنى أبا نجيذ ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم عدة أحاديث ، أسلم عام خير ، وحمل راية خزاعة يوم الفتح بعثه عمر إلى البصرة ليفقه أهلها ، توفي في خلافة معاوية سنة ٥٢ هـ (الإصابة ٢٦ / ٣ ، الاستيعاب ٢٣ / ٣) .

(٢) صحيح مسلم ١٢٨٨ / ٣ ، الموطأ ٧٧٤ / ٢ ، الفتح الرباني ترتيب المسند ٢٨٦ / ١٥ ، سنن أبي داود ٢٩٢ / ١٦ ، سنن النسائي ٦٤ / ٤ ، سنن ابن ماجه ٧٨٥ / ٢ ، ٧٨٦ ، سنن الدارقطني ٢٣٤ / ٤ .

٥ - وبما روي عن عروة^(١) وسليمان^(٢) بن يسار (أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأتى كل واحد منهما بشهود وكانوا سواء ، فأسهم بينهم رسول الله صلى الله عليه وسلم)^(٣) .

قال ابن القيم : (فهذا مرسل روي من وجهين مختلفين وهو من مراسيل ابن المسيب وتشهد له الأصول التي ذكرناها في القرعة والمصير إليه متعين)^(٤) .

وقد اعترض الحنفية على الأدلة المذكورة بأن القرعة فيها كانت مما لو تراضوا عليه دون قرعة لجاز ، وإنما أجروها لمجرد تطيب النفوس ، يقول الجصاص^(٥) عند كلامه على آية آل عمران : (وإلقاء الأقالم يشبه القرعة في القسمة وفي تقديم الخصوم إلى الحاكم وهو نظير ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا أراد سفراً أقرع بين نسائه وذلك لأن التراضي على ما خرجت به القرعة جائز من غير قرعة ، وكذلك كان حكم كفالة مريم عليها السلام)^(٦) .

(١) عروة بن الزبير بن العوام ، أبو محمد ، الأسدي ، القرشي ، من أجل أئمة التابعين وأحد الفقهاء السبعة روى كثيراً من الأحاديث عن خالته عائشة رضي الله عنها توفي ٩٤ هـ وقيل ٩٣ هـ (تقريب التهذيب ١٩ / ٢ ، شذرات الذهب ١ / ١٠٣) .

(٢) سليمان بن يسار الهلالي المدني ، يكنى أبا أيوب ، مولى ميمونة ، ثقة فاضل أحد الفقهاء السبعة ، توفي بعد المائة ، وقيل قبلها (تقريب التهذيب ١ / ٣٣١ ، شذرات الذهب ١ / ١٣٤) .

(٣) أخرجه البيهقي مرسلًا عن عروة وسليمان (السنن الكبرى ١٠ / ٢٥٩) .

(٤) الطرق الحكمية ٣٢٥ .

(٥) هو أحمد بن علي أبو بكر الرازي الملقب الجصاص كان إمام أصحاب أبي حنيفة في وقته درس على الكرخي وغيره له من المصنفات : أحكام القرآن و(شرح مختصر شيخه الكرخي) و(شرح مختصر الطحاوي) وغيرها توفي ٣٧٠ هـ (الجواهر المضيئة ١ / ٢٢٠ - ٢٢٤ ، تاج التراجم ٦) .

(٦) أحكام القرآن للجصاص ١٣ / ٢ .

وأجيب عنه بجوابين :

أحدهما : بعدم التسليم ذكره ابن العربي فقال بعد ذكره للاعتراض (وهذا ضعيف لأن القرعة إنما فائدتها استخراج الحكم الخفي عند التشاح فأما ما يخرج التراضي فيه فباب آخر ولا يصح لأحد أن يقول إن القرعة تجرى في موضع التراضي فإنها لا تكون أبداً مع التراضي وإنما تكون فيما يتشاح الناس فيه ويضن به)^(١).

والثاني : على التسليم بأن هذه الأمور مما يجوز فيه التراضي بدون قرعة لكن وردت أدلة أخرى تدل على أن القرعة تثبت الحق وتميزه فتعين حمل الأدلة كلها على عموم العمل بالقرعة سواء أكان ذلك فيما يجوز فعله دون قرعة ، أم كان مما لا يمكن تعيينه وتمييزه إلا بالقرعة^(٢) - كما اعترضوا على القرعة في العتق بأن فيها هضمًا لحق بعض العبيد ، لأن المعتق قصد عتق الجميع ، وإنما منع حق الورثة من ذلك ، فوجب أن يقع العتق شائعاً فيهم ، فينال كل واحد حصته منه ، وفي استعمال القرعة نقل الحرية عن من وقعت عليه ، وإخراجه منها مع مساواته لغيره فيها^(٣).

وأجيب عنه بأن العتق المستحق عتق ثلث العبيد وهو الذي ملك الشارع المعتق إياه ، فصار كما لو أوصى بعتق ثلثهم فإنه هو الذي يملكه ، وما لا يملكه تصرفه فيه لغو وباطل ، وإذا كان إنما أعتق الثلث حكماً ، فإنه يخرج بالقرعة^(٤).

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٢٧٣ / ١ .

(٢) الطرق الحكيمة ٣٠١ .

(٣) أحكام القرآن للجصاص ١٣ / ٢ ، ٣١١ ، مجمع الأنهر ٢ / ٢٧٣ .

(٤) الطرق الحكيمة ٢٩٣ .

كما أجاب عنه الخطابي^(١) (بأن صاحب الشريعة إذا قال قولاً أو حكم بحكم لم يجز الاعتراض عليه برأي، ولا مقابلته بأصل آخر، ويجب تقريره على حاله، واتخاذ أصله)^(٢).

ثالثاً: من الإجماع ما نقله القرافي من إجماع فقهاء التابعين على العمل بالقرعة ومنهم عمر بن عبدالعزيز^(٣) وخارجة بن زيد^(٤) وأبان بن عثمان^(٥) وابن سيرين^(٦) وأنه لم يخالفهم من عصرهم أحد^(٧).

(١) هو حمد بفتح الحاء، وسكون الميم، وقيل أحمد بن إبراهيم بن الخطاب ابوسليمان الخطابي البتي من ولد زيد بن الخطاب، فقيه محدث، أديب، من تصانيفه (معالم السنن) و(غريب الحديث) وغيرهما توفي ٣٨٨هـ. (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٥٦، شذرات الذهب ٣/١٢٧).

(٢) معالم السنن له ٤/٧٧ طبعة أولى ١٣٥٢هـ طبع وتصحيح محمد الطباخ بحلب.

(٣) هو عمر بن عبدالعزيز بن مروان بن الحكم أبو حفص الأموي القرشي كان واسع العلم شديد الورع حريصاً على أموال المسلمين، ولي إمارة المدينة في عهد الوليد، واستوزره سليمان بن عبد الملك ثم ولي الخلافة بعده، فانتشر العدل، كانت مدة خلافته سنتين توفي ١٠١هـ (تقريب الذهب ٢/٦٠، شذرات الذهب ١/١١٩).

(٤) هو خارجة بن زيد بن ثابت الأنصاري المدني أحد الفقهاء السبعة بالمدينة تفقه على والده وكان مقلاً في الحديث توفي ٩٩هـ. (شذرات الذهب ١/١١٨، الأعلام ١/٢٩٣).

(٥) هو أبان بن عثمان بن عفان أبو سعيد الأموي القرشي ويقال أبو عبدالله تابعي من رواة الحديث الثقات، ومن فقهاء المدينة أهل الفتوى توفي ١٠٥هـ. (تقريب التهذيب ١/٣١، وأنظر شذرات الذهب ١/١٣١).

(٦) هو محمد بن سيرين البصري الأنصاري بالولاء-ابوبكر-إمام تابعي، أشتهر بالورع ولد بالبصرة وتوفي بها سنة ١١٠هـ (تقريب التهذيب ٢/١٦٩، شذرات الذهب ١/١٣٨).

(٧) الفروق ٤/١١٢، تهذيب الفروق ٤/١٧٨.

الترجيح :

بعد عرض آراء الفريقين وما استدلل به كل فريق يظهر - والله أعلم - رجحان ما ذهب إليه الجمهور من توسيع نطاق استعمال القرعة وأنها تتميز المستحق وتعين الحق المبهم أو المشتبه وذلك لما يلي :

- ١ - لقوة أدلتهم من الكتاب والسنة .
 - ٢ - ولسلامة كثير منها من المعارضة كما هو واضح .
 - ٣ - ولما في القرعة من دفع الضغائن والأحقاد التي قد تنشأ عن الحكم بغيرها .
 - ٤ - ولأنها أنفى للتهمة التي قد تتوجه أيضاً إلى القاضي .
 - ٥ - ثم إن القرعة كما يقول ابن العربي ترفع الإشكال وتحسم داء التشهي^(١) .
- ٧ . ٣ . ٣ في حكم اليمين مع القرعة

اختلف الفقهاء الذين أجازوا العمل بالقرعة واعتبروها طريقاً شرعياً للترجيح بين البيئات عند التعارض هل يحكم لأحد الخصمين بمجرد القرعة أو يلزمه اليمين مع القرعة ليحكم له - وذلك على قولين :

القول الأول : أن من خرجت له القرعة يحكم له من غير يمين ، لأن حقه ثبت بالبيئة التي رجحتها القرعة والبيئة تغني عن اليمين .

واليه ذهب الشافعية في قول والحنابلة في رواية^(٢) .

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٤ / ١٦٢٣ .

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ٣٢٦ ، ٣٢٧ ، شرح السنة للبغوي ١٠ / ١٠٨ ،

المغني ٩ / ٢٨٨ ، القواعد لابن رجب ٣٦٣ ، ٣٦٤ ، المقنع لموفق الدين ابن

قدامة ٤ / ٣٠١ طبعة المؤسسة السعيدية بالرياض .

القول الثاني : أن من خرجت له القرعة يلزمه اليمين ليحكم له بالمدعي .
ذهب إلى ذلك الشافعية في قول آخر والحنابلة في رواية أخرى^(١) وحجتهم
في ذلك :

قياس تعارض البيتين على فقدانهما ، فعند فقدان البينة إذا أقرع بين
الخصمين حلف من خرجت له القرعة فكذلك عند تعارض البيتين يحلف
من خرجت له القرعة^(٢) .

وقالوا إن اليمين تزيد جانبه قوة ورجحاناً فلا بد منها^(٣) .

الترجيح :

الذي يظهر - والله أعلم - رجحان القول بعدم تكليف من خرجت له
القرعة باليمين ، لأن بينته باقية على صحتها وقد رجحتها القرعة فيحكم له
بموجبها بدون يمين .

- ومن أمعن النظر في هذا الخلاف وجده مبنياً على الخلاف المتقدم في سقوط
البيئات واستعمالها عند تحقيق التعارض ، وللشافعية قولان في ذلك كما
أن للحنابلة فيه روايتين :

- فمن قال منهم بلزوم اليمين مع القرعة لم يقل به إلا تفريعاً على سقوط
البيتين ، ومن قال بعدم لزوم اليمين فإنما قال به لبقاء البيتين صحيحتين
وقد ترجحت إحداهما بالقرعة فلا حاجة إلى اليمين .

(١) المراجع السابقة .

(٢) وسائل الإثبات للزحيلي ٨٤٢ .

(٣) المغني ٢٨٨/٩ .

وأنقل هنا نصين من كلام الشافعية والحنابلة يوضحان ما ذكر :
يقول ابن أبي الدم بعد ذكر القول باستعمال البينتين المتعارضتين
بالقرعة :

(وقال الماوردي ، هل يحلف من خرجت قرعته له ؟ فيه قولان من
اختلاف قول الشافعي رضي الله عنه في القرعة هل دخلت ترجيحاً للدعوى
أو البينة فيه قولان : إن قلنا لترجيح البينة فلا يحلف وإن قلنا لترجيح
الدعوى فيجب إحلافه)^(١) .

ومعنى ذلك أنه على القول باستعمال البينتين تكون القرعة مرجحة
لإحداهما والبينة لا تحتاج إلى اليمين معها .

وعلى القول بسقوط البينتين تكون القرعة مرجحة للدعوى لفقدان
البينة فلا بد من اليمين معها .

ويقول ابن قدامة بعد أن ذكر الروايتين بالاستعمال والسقوط : (إذا قلنا
إن البيتين تسقطان أقرع بينهما فمن خرجت له قرعته حلف وأخذها كما لو
لم تكن لهما بينة ، وإن قلنا بعمل البينتين ويقرع بينهما ، فمن خرجت له
القرعة أخذها من غير يمين وهذا قول الشافعي لأن البينة تغني عن اليمين)^(٢) .

وبهذا يتأكد رجحان عدم تكليف صاحب القرعة باليمين في حالة
إعمال البينة .

أما إذا فقدت البينات أو قلنا بسقوطها وأقرع بين الخصمين فإن صاحب
القرعة يكلف باليمين .

(١) أدب القضاء له ٣٢٧ .

(٢) المغني ٩ / ٢٨٨ .

الفصل الثامن

- ٨ . ١ الاختلاف في الشهادة على السبب .
- ٨ . ٢ الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه .
- ٨ . ٣ اختلاف الشهود في مقدار المشهود به .
- ٨ . ٤ الاختلاف في الزمان والمكان .

اختلاف الشهادة وأثره على المشهود به

وتم تقسيمه إلى التالي :

- الاختلاف في الشهادة على السبب .
- الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه .
- الاختلاف في مقدار المشهود به .
- الاختلاف في الزمان والمكان .

تمهيد

كان الكلام في الفصول السالفة يدور حول اختلاف البيانات الشاهدة لطرفين متنازعين ، وذلك ما يعبر عنه الفقهاء بتعارض البيانات الذي هو موضوع هذا البحث .

أما اختلاف بيانات طرف واحد فإنهم يعبرون عنه باختلاف الشهادات . وقد تقدم أن التعارض لا يكون إلا بين بينتين كاملتين وأما الاختلاف فليس كذلك إذ يكون بين جزئي بينة واحدة ، وبهذا يكون اختلاف الشهادات غير داخل تحت عنوان البحث ، ولكن نظراً لتقاربهما من حيث إن التعارض داخل في الاختلاف ، أردت أن أعطي لمحة موجزة عن الاختلاف في الشهادة مقتصرأ على أهم النقاط التي يظهر فيها أثر اختلاف شهود الطرف الواحد ، وذلك في المباحث الآتية :

٨ . ١ الاختلاف في الشهادة على السبب

- المراد بالسبب هنا مصدر الحق الذي كان سبباً في ثبوته ومثاله :
- البيع فإنه سبب للملكية البيع بالنسبة للمشتري وللملكية الثمن بالنسبة للبائع .

- الإجارة سبب لملك المنفعة بالنسبة للمستأجر ، وملك الأجرة بالنسبة للمؤجر .

- وفاة المورث سبب لنقل الملكية إلى الوارث ^(١) .

- وكذلك الهبة والصدقة فإنهما سببان لنقل الملكية إلى الموهوب له والمتصدق عليه ^(٢) .

فإن اختلف الشاهدان في سبب الحق لم تلتق الشهادة كما لو شهد أحدهما للمدعي بألف من ميراث وشهد له الآخر بألف من هبة أو غير ذلك .

لأن كل واحد منهما قد شهد بسبب غير السبب الذي شهد به الآخر وليس على واحد من السببين شهادة شاهدين ^(٣) .

واستثنى الحنفية من ذلك الاختلاف في سبب الدين خاصة وجعلوا الاختلاف فيه غير مانع من صحة الشهادة .

فلو شهد أحد الشاهدين بخمسائة من ثمن عبد قبضه الآخر بخمسائة من قرض فإنه يقضي له بخمسائة ، لأن الدين لا يشترط ذكر السبب في إثباته لكثرة الأسباب وعدم حصرها فلا يؤثر في الشهادة عليه اختلاف السببين ^(٤) .

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٨ ، وسائل الإثبات للزحيلي ٧٩٦ .

(٢) معين الأحكام ١٣١ .

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٨ ، معين الأحكام ١٣١ ، وظائف القضاة وترجيح إحدى

البيئات ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٥٣ ، ٤٥٤ ، المحرر في الفقه ٢/ ٢٤١ .

(٤) معين الأحكام ١٣١ .

ومن الاختلاف في الشهادة على السبب الاختلاف في نوع القتل أو آله فلو اختلف الشاهدان فشهد أحدهما أنه قتله ذبحاً وشهد الآخر أنه أحرقه بالنار أو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر أنه قتله بالسكين لم تقبل شهادتهما^(١) لأن القتل مما لا يتكرر فلم يشهدا على شيء واحد، بخلاف ما لو شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً بسيف وشهد الآخر أنه أقر بقتله عمداً بسكين فإنه تقبل شهادتهما على الإقرار بالقتل العمد ويقتص منه، لأن القتل وإن كان لا يتكرر إلا أن الإقرار به مما يتكرر فتقبل هذه الشهادة^(٢).

٨ . ٢ الاختلاف في جنس المشهود به أو نوعه

إذا اختلف الشاهدان في جنس المشهود به أو نوعه كأن شهد أحدهما بمكيل والآخر بموزون، أو قال أحدهما سرق دنانير وقال الآخر سرق دراهم.

فلا تلفق شهادتهما لاختلاف الجنسين وليس على أحدهما شهادة شاهدين، فلا يمكن إيجابهما معاً لأنه يكون إيجاباً للحق بشاهد واحد، ولا إيجاب أحدهما بعينه لأن الآخر لم يشهد به وليس أحدهما أولى من الآخر^(٣).

وكذلك إذا وصف أحد الشاهدين الكيس ببياض ووصفه الآخر بسواد، فلا تلفق الشهادتان^(٤).

(١) الكافي لابن عبد البر ٩١٣/٢، معين الحكام ١٣٠.

(٢) الأصول القضائية لعلی قراة ١٨٢.

(٣) بدائع الصنائع ٦/٢٧٨، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٥، المغني ٩/٢٤١.

وظائف القضاء وترجيح إحدى البيئات ٩١.

(٤) أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٥.

وإذا كان المشهود به مما يثبت بالشاهد واليمين فإن القائلين بهما يرون ثبوت الحق بهما في هذه الحالة - مع أن لكل منهم طريقته في ذلك :
 - فيرى المالكية أن المدعي يحلف مع أعدل الشهود ويأخذ الحق^(١).
 - وذهب الشافعية إلى أنه يحلف مع أي شاهديه اختار^(٢).
 - وقال الحنابلة : له أن يحلف مع كل واحد من الشاهدين ويحكم له بالمدعى ، وإن لم يدع إلا أحد الجنسين ثبت له ما ادعاه ولم يثبت له الآخر لعدم دعواه إياه^(٣).

٨ . ٣ اختلاف الشهود في مقدار المشهود به

يمكن تقسيم اختلاف الشاهدين في قدر المشهود به إلى ثلاثة أنواع :
 النوع الأول : اختلافهما في دعوى العقد ، وهذا ينقسم إلى قسمين :
 - الأول : منهما ما تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البذل كالبيع والإجارة . . . فيكون الاختلاف فيه مانعاً من صحة الشهادة لأن المقصود إثبات العقد ، والعقد يختلف باختلاف الثمن ، ومثال ذلك أن يشهد أحدهما أن المدعي اشترى السلعة بألف ويشهد الآخر أنه اشتراها بألف وخمسمائة^(٤).
 - الثاني : ما لا تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البذل كالنكاح وفيه خلاف بين الفقهاء على قولين :

(١) تبصرة الحكام ١/ ٣٤٥ .

(٢) أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٤ ، المهذب ٢/ ٣٤٠ .

(٣) المغني ٩/ ٢٤٢ ، الشرح الكبير لابن قدامة ٦/ ٢٥٤ ، كشاف القناع ٦/ ٤٠٩ .

(٤) مجمع الأنهر ٢/ ٢٠٩ ، المغني ٩/ ٢٦٤ ، طرق القضاء لأحمد إبراهيم ٣٦٨ .

القول الأول : نظر من قال به إلى أن المال تابع ، لأن النكاح يصح بدون تسمية المهر فقال تصح الشهادة ويحكم بالنكاح وبما اتفق عليه الشاهدان وإليه ذهب أبو حنيفة ^(١) .

ومثال ذلك : أن يشهد أحدهما أنه تزوجها بألف ويشهد الآخر أنه تزوجها بألف وخمسمائة فإنه يقضى بالنكاح وبالألف .

القول الثاني : وقد نظر من قال به إلى العقد وأن الاختلاف فيه لا في المال فقال لا يقضى بشيء أصلاً لأن النكاح كالبيع والاختلاف في البدل فيهما اختلاف في العقد يبطل الشهادة ، وإليه ذهب صاحبان من الحنفية ^(٢) .

النوع الثاني : اختلافهما في دعوى العين ، كأن يدعي المدعي فرسين مثلاً فيشهد أحد الشاهدين بهما له ويشهد له الآخر بواحد فإن الشهادة تقبل ويقضى للمدعي بالفرس الذي تم فيه نصاب الشهادة لأن المدعي ادعى شيئاً كل واحد منهما متميز عن الآخر وقد تم نصاب الشهادة على أحدهما ^(٣) .

النوع الثالث : اختلافهما في دعوى الدين وهذا النوع يحتاج إلى تفصيل أكثر من غيره ، لعلاقته بالأعداد ، والأعداد قد تكون متعاطفة كألف وخمسمائة ، وقد تكون مركبة كأحد عشر وتسعة عشر ، وقد تكون مفردة كثلاثة وعشرة .

وقد اعتبر أبو حنيفة هذا التقسيم في الاختلاف في مقدار المشهود به فنشأ عن ذلك خلاف بينه وبين جمهور الفقهاء على قولين :

(١) مجمع الأنهر ٢/٢٠٩ ، الدرر الحكام ٢/٣٨٧ .

(٢) الدرر الحكام ٢/٣٨٧ ، مجمع الأنهر ٢/٢٠٩ ، طرق القضاء لأحمد إبراهيم ٣٦٨ .

(٣) الدرر الحكام ٢/٣٨٥ ، طرق القضاء لأحمد إبراهيم ٣٦٨ .

القول الأول : لأبي حنيفة : أن اختلاف الشهود في المقدار يرد الشهادة إلا في الأعداد المتعاطفة فمن ادعى ألفين فشهد له أحد الشاهدين بألفين وشهد له الآخر بألف فلا تقبل ، وكذلك إذا شهد أحدهما بتطليقتين وشهد الآخر بطلقة لا تقبل أيضاً ، بخلاف لو ادعى ألفاً وخمسائة فشهد له أحدهما بألف وخمسائة والآخر بألف ، أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف ، فتقبل لأنهما اتفقا على الألف والطلقة لفظاً ومعنى وتفرد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ^(١) .

جاء في بدائع الصنائع عند الاستدلال لرأي ابن حنيفة ما نصه :

(ولأبي حنيفة- رحمه الله- أن شطر الشهادة خالف الدعوى لأن المدعي يدعي بألفين وأنه وضع دلالة على عدد معلوم والاسم الموضوع دلالة على عدد لا يقع على ما دون ذلك العدد كسائر أسماء الأعداد كالمترك ^(٢) لألف من الإبل والهنيدة لمائة منها ونحو ذلك فلم تكن الألف المفردة مدعى فلم تكن الشهادة شاهدة على ما دخل تحت الدعوى . . . بخلاف ما إذا ادعى ألفاً وخمسائة . . . لأن الألف والخمسائة اسم لعددتين ألا ترى أنه يعطف أحدهما على الآخر) ^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٨ ، مجمع الأنهر ٢/ ٢٠٦ ، الدرر الحكام ٢/ ٣٨٥ .

(٢) لم أقف على هذه الكلمة في كتب اللغة ، وفي اللسان ١/ ٢٠١ (أن البرك

الإبل الكثيرة ومنه قول متمم بن نويرة :

إذا شارف منهن قامت ورجعت حيناً فأبكى شجوها البرك أجمعاً

ولعله المراد هنا فيكون صحف وحرف من الكاتب .

(٣) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٨ .

القول الثالث : وهو مذهب الجمهور أن الاختلاف في مقدار المشهود به لا يضر الشهادة ويثبت ما اتفقا عليه ويترك الزائد أو يحلف المدعي مع شاهد الزيادة فيحكم له بها ، لا فرق في ذلك بين عدد وغيره من الأعداد .

فلو ادعى رجل على رجل ألفي درهم وأقام شاهدين يشهد أحدهما بألفين والآخر بألف فإن شهادتهما تلفق كما لو ادعى ألفاً وخمسمائة فشهد أحد الشاهدين بألف وخمسمائة والآخر بألف^(١) .

الترجيح :

بعد النظر إلى ما علل به أبو حنيفة - رحمه الله - أرى أن الراجح ما ذهب إليه الجمهور من عدم التفرقة بين الأعداد لأنه لا معنى للتفريق بينها ، فكل عدد له مدلول معين مهما كان لفظه ، فلفظ الألفين أصله ألف وألف ، لأن المثني هو ما دل على اثنين بزيادة أغنت عن العاطف والمعطوف ، والزيادة حرف الإعراب - ألفاً أو ياء - والنون . فلفظ الألف موجود في لفظ الألفين ، وإنما أضيفت إليه زيادة حرفين .

هذا إذا كان المدعي يدعي أكثر العددين ، أما إذا كان يدعي أقلهما فشهد له أحد الشاهدين بأكثر مما يدعي وشهد له الآخر بما يدعي ، كما لو ادعى ألفاً فشهد له أحدهما بألفين وشهد له الآخر بألف ، فإن الشهادة لا تقبل على الألف باتفاق الحنفية لأن المدعي كذب أحد شاهديه في بعض ما شهد به فأوجب ذلك تهمة في الباقي إلا إذا وفق المدعي فقال : كان لي عليه ألفان إلا أنه قد قضاني ألفاً ولم يعلم به الشاهد فيقبل^(٢) .

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٧٨ ، تبصرة الحكام ١/٣٤٤ ، المهذب ٢/٣٣٩ ، المغني

٩/٢٦٤ ، ٢٦٥ ، المحرر في الفقه ٢/٢٤١ ، طرق القضاء لأحمد إبراهيم ٣٧١ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٧٨ ، مجمع الأنهر ٢/٢٠٦ ، علم القضاء للحصري

٤٠٧ . طبعة مكتبة الكليات الأزهرية ، ١٣٩٧ هـ .

وللشافعية فيه وجهان :

أحدهما : أنه يحلف مع الذي شهد له بالألف ويقضى له وتسقط شهادة من شهد له بالألفين ، لأنه صار مكذباً له فسقطت شهادته له في الجميع .

والثاني : أنه تثبت له الألف بشهادتهما ويحلف فيستحق الألف الأخرى ولا يكون مكذباً للشهادة ، لأنه يجوز أن يكون له حق ويدعي بعضه ويجوز أنه لم يعلم أن له من يشهد له بالألفين ^(١) .

وأرى أن الوجه الأخير للشافعية أرجح من غيره لأن العمل بالشهادة بعد توفر شروطها أولى من إلغائها والمدعي إذا كان لم يدع الزيادة أصلاً ، إلا أنه عندما طالب بها وأراد الحلف عليها صار مدعياً لها من جديد ، فتثبت له بالشاهد واليمين .

٨ . ٤ الاختلاف في الزمان والمكان

وتم تقسيمه إلى أربعة مطالب هي :

- اختلاف الشهادة على القول في الزمان أو المكان .
- ما يشترط لقبول الشهادة المختلفة في الزمان أو المكان .
- اختلاف الشهادة على الفعل في الزمان ، أو المكان .
- بيان وجه التفرقة بين الأقول والأفعال .

(١) المذهب ٣٣٩ / ٢ .

تمهيد

كما قد يختلف الشهود في سبب الحق المشهود به أو جنسه أو مقداره فإنهم كذلك قد يختلفون في الزمان أو المكان واختلافهم في الزمان أو المكان إما أن يكون في الأقول وما في حكمها، أو في الأفعال وما في حكمها.

وتفصيل ذلك في المطالب الآتية :

٨ . ٤ . ١ في اختلاف الشهادة على القول في الزمان أو المكان

إذا كان المشهود به قولاً محضاً كالإقرار بالبيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة وغير ذلك من الأقوال فإذا كان المشهود به كذلك واختلف الشاهدان في الزمان أو المكان أو فيهما معاً فإن شهادتهما تقبل وتلفق فيثبت بها المشهود به^(١).

الأمثلة على ذلك :

- إذا شهد أحد الشاهدين أن زيداً قال بعت عمراً السلعة وذلك بدكانه وشهد أحدهما أنه قال بعتة إياها وكان بداره التي يسكنها .
- أو شهد أحدهما أنه أقر غدوة أنه قتل فلاناً وشهد الآخر أنه أقر عشية أنه قتله .
- وكذلك لو شهد أحدهما بالبيع في مكان، والآخر على الإقرار به في مكان آخر، فإن الشهادة تقبل في مثل هذه الحالات .

والدليل على ذلك أن صيغة الإنشاء والإقرار في هذه التصرفات واحدة فإنه يقول في الإنشاء بعت وأقرضت وفي الإقرار كنت بعت وأقرضت . . وهكذا .

(١) المبسوط ١٦ / ١٦٠ ، مجلة الأحكام العدلية ٣٤٦ ، ٣٤٧ (المواد من ١٧١٢ - ١٧١٥) ، الفروق ٣ / ١٨١ ، تبصرة الحكام ١ / ٣٧٧ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٨ ، المحرر في الفقه ٢ / ٢٤٠ ، ٢٤١ .

وكذلك فإن القول مما يعاد ويكرر ، فيحتمل أن يقول الإنسان قولين مضمونهما واحد في وقتين أو في مكانين فيحمل القول الثاني على الإخبار عن الأول ويوفق بين الشاهدين بذلك فلا يتحقق الاختلاف المانع من صحة شهادتهما^(١) .

واستثنى جمهور الفقهاء النكاح من الأقوال لأنه وإن كان قولاً يتألف من الإيجاب والقبول ، إلا أنه يشترط لصحته حضور الشاهدين وهو فعل فالحق بالفعل^(٢) كما سيأتي .

٨ . ٤ . ٢ ما يشترط لقبول الشهادة المختلفة في الزمان أو المكان

مما تجدر الإشارة إليه أن قبول الشهادة المختلفة في الزمان أو المكان في القول يشترط له إمكان تصور صدق الشاهدين فإذا شهدا بما لا يتصور صدقهما فيه معاً لم تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما أن فلاناً باع سيارته لزيد صبيحة يوم الجمعة في مكة وشهد الآخر أنه باعه إياها في ذلك الوقت نفسه بمصر لم تقبل شهادتهما لأن الإنسان لا يمكن أن يكون في وقت واحد في مكة ومصر ، فلا بد أن أحد الشاهدين كاذب^(٣) .

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٩ ، معين الحكام ١٣٠ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٧٧ ، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٩١٢ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٨ ، المحرر في الفقه ٢/ ٢٤٠ ، المغني ٩/ ٢٤٣ .

(٢) المراجع السابقة ، وتقدم رأي أبي حنيفة في اختلاف الشاهدين في دعوى عقد النكاح .

(٣) المبسوط ١٦/ ١٧٢ ، تبصرة الحكام ١/ ٣٤٥ .

ويشترط أيضاً لقبول الشهادة المختلفة في الإنشاءات إمكان الإخبار
 بالثاني عن الأول فإذا اختلفت صيغة الإنشاء عن صيغة الإخبار به لم تقبل
 الشهادة . . . ولذلك لا تلتق الشهادة عند جمهور الفقهاء إذا شهد أحد
 الشاهدين بإنشاء القذف والآخر بالإقرار به لأن صيغة الإنشاء في القذف
 تختلف عن صيغة الإخبار فإن القاذف يقول في الإنشاء زنيته أو يا زاني ،
 وفي الإخبار يقول قذفته وهما مختلفان بخلاف البيع - مثلاً - فإنه يقول في
 الإنشاء بعته وفي الإخبار كذلك ^(١) .

وخالف مالك في القذف وشرب الخمر واعتبرهما كالأقوال التي لا
 يضر اختلاف الشهود فيها في الزمان أو المكان ، جاء في تبصرة الحكام (قال
 ابن عبدالحكم ^(٢) وأصبغ ^(٣) أخبرنا ابن القاسم أن مالكا كان يسقط الشهادة
 في الزنا والسرقة إذا اختلفوا في الأيام والأشهر والمواضع وأجاز ذلك في
 القذف والخمر وأقام به الحد) ^(٤) .

(١) معين الحكام ١٣١ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٥٠ ، ٤٥١ ، المغني ٩/ ٢٤٣ .

(٢) هو عبدالله بن عبدالحكم بن أعين بن الليث ، فقيه مصري ، من أجل أصحاب مالك
 أفضت إليه الرئاسة بمصر بعد أشهب ، كان صديقاً للشافعي وعليه نزل الشافعي
 بمصر وعنده مات ، من مصنفاته «المختصر الكبير» و(سيرة عمر بن عبد العزيز)
 و(المناسك) وغيرها ، توفي ٢١٤ هـ (الديباج المذهب ١٣٤ ، الأعلام ٤/ ٩٥) .

(٣) هو أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع أبو عبدالله ، فقيه مالكي أخذ عن ابن
 وهب وابن القاسم ، قال ابن الماجشون : ما أخرجت مصر مثل أصبغ ، له تأليف
 منها : «كتاب الأصول» عشرة أجزاء ، وتفسير غريب الموطأ ، توفي ٢٢٥ هـ
 (ترتيب المدارك ٢/ ٥٦١ ، الديباج المذهب ٩٧) .

(٤) تبصرة الحكام ١/ ٣٤٥ ، وأنظر الكافي لابن عبد البر ٢/ ٩١٢ .

وأما سائر الأقارير فإن اختلاف الشاهدين فيها في الزمان والمكان لا يضر الشهادة لأن اختلاف تاريخ الإقرار أو مكانه لا يوجب اختلاف المقر به فالمقر قد يقر مرتين ويكون الثاني تأكيداً للأول^(١).

٨ . ٤ . ٣ اختلاف الشهادة على الفعل في الزمان أو المكان

إذا كان المشهود به فعلاً محضاً كالغصب والقتل والسرقة ونحو ذلك أو قولاً ملحقاً بالفعل كالنكاح واختلف الشاهدان في زمان الفعل أو مكانه لم تقبل شهادتهما لأن الفعل في زمان أو مكان غيره في زمان أو مكان آخر^(٢).

الأمثلة على ذلك :

- إذا شهد أحد الشاهدين بغصب من شهرين وشهد الآخر بغصب من شهر ونصف .

- أو شهد أحدهما بغصب في مكة وشهد الآخر بغصب في المدينة .

- أو شهد اثنان أنه زنى بأمرأة بمكان وشهد الآخر أنه زنى بها في مكان آخر .

- وكذلك إذا شهد شاهد أنه قتله ببغداد، وشهد آخر أنه قتله بالبصرة، لم تلتق الشهادتان ولم يجمع بينهما لما تقدم^(٣).

(١) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٩، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٩١٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٨ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/ ٢٧٩، مجلة الأحكام العدلية ٣٤٦، ٣٤٧ (المواد من ١٧١٢ - ١٧١٥)، الكافي لابن عبد البر ٢/ ٩١٢، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٥ - ٤٤٨، المحرر في الفقه ٢/ ٢٣٩ .

(٣) المراجع السابقة، وانظر طرق القضاء لأحمد إبراهيم ٣٧٤، الأصول القضائية لعلي قراة ١٨١ .

ونقل المجد أن أبا بكر^(١) من الحنابلة يرى الجمع بين الشهادتين المختلفتين على الفعل وأنه يوجب بهما القطع والقصاص^(٢).

وقد ذكر ابن قدامة هذا القول في معرض حديثه عن اختلاف الشهود في مكان الزنا وضعفه فقال (وقال أبو بكر تكمل شهادتهم - أي إذا اختلفوا في مكان الزنا - ويحد المشهود عليه واستبعده أبو الخطاب^(٣)) وقال هذا سهو من الناقل لأنه يخالف الأصول والإجماع والحد يدرأ بالشبهات ، فكيف يجب بها . . . إلى أن قال : ولنا أنهم لم يشهدوا بزنا واحد فلزمهم الحد كما لو شهد اثنان أنه زنى بامرأة واثنان أنه زنى بغيرها^(٤).

٨ . ٤ . ٤ وجه التفرقة بين الأقوال والأفعال

واكتفي في وجه الفرق بين الأقوال والأفعال بما ذكره القرافي تحت قاعدة ضم الشهادتين في الأقوال وعدم ضمها في الأفعال حيث قال : (واعتمد الأصحاب في الفرق بين الأقوال والأفعال أن الأقوال يمكن تكررها ويكون الثاني خبراً عن الأول ، والأفعال لا يمكن تكررها إلا مع التعدد .

(١) هو عبدالعزيز بن جعفر بن أحمد المعروف بغلام الخلال شيخ الحنابلة في وقته كان من أهل الفهم ، موثقاً به في العلم ، له مصنفات منها : (الشافعي) و(المقنع) و(تفسير القرآن) وغيرها ، توفي ٣٦٣هـ (شذرات الذهب ٣/ ٤٥ ، ومختصر طبقات الحنابلة ٢٥).

(٢) المحرر في الفقه له ٢/ ٢٣٩ ، وانظر المغني ٩/ ٢٤٠ ، ٢٤١ .

(٣) هو محفوظ بن أحمد بن الحسن بن أحمد الكلواذي أحد أئمة المذهب الحنبلي وأعلامه درس الفقه على القاضي أبي يعلى ، ولزمه حتى برع في المذهب والخلاف من مصنفاته : (الانتصار في المسائل الكبار) و(الهداية) وغيرها ، توفي ٥١٠هـ (شذرات الذهب ٤/ ٢٧ ، مختصر طبقات الحنابلة ٢٨ ، ٢٩).

(٤) المغني ٩/ ٢٤٠ .

ولما كان لفظ الإنشاء ولفظ الخبر صورتهمما واحدة، شرع ضم الثاني إلى الأول فيجتمع النصاب في شيء واحد فيلزم الطلاق والعتاق، وأما الفعل الثاني فلا يمكن أن يكون عين الأول، لأنه لا يصلح أن يكون خبراً عنه فإن الخبر من خصائص الأقوال، فصار مشهوداً به آخر يحتاج إلى نصاب كامل في نفسه فهذا هو سر الفرق^(١) . . . انتهى كلامه .

وإذا كان الفعل مما يمكن تكرره كالغصب والسرقة مثلاً وشهد بكل فعل شاهدان واختلفت الشهاداتان في الزمان أو المكان أو الصفة، بأن شهد شاهدان أنه سرق غدوة، وشهد شاهدان أن سرق عشية، أو شهد شاهدان أنه سرق في مكان، وشهد آخران أنه سرق بمكان آخر، أو قالت إحدى الشهاداتين سرق كيساً أبيض وقالت الأخرى سرق كيساً أسود، فإن الفعلين يثبتان معاً إن ادعاهما المدعي، وإن لم يدع إلا أحدهما ثبت له ما ادعاه دون ما لم يدعه^(٢) لأن كل واحد من الفعلين قد شهدت به بينة كاملة وشهادة الأخرى لا تعارضها لإمكان الجمع بينهما .

أما إذا كان الفعل مما لا يمكن تكرره كقتل رجل بعينه - مثلاً - فإن البينتين تتعارضان لأننا نتيقن أن إحداهما كاذبة ولا نعلم أيتهما^(٣) .

(١) الفروق له ١٧٨ / ٣ وما بعدها .

(٢) هذا إذا كان المشهود به يحتاج للدعوى كحقوق الآدميين - مثلاً .

(٣) المهذب ٢ / ٣٤٠ ، أدب القضاء لابن أبي الدم ٤٤٦ ، المغني ٩ / ٢٤١ .

الخاتمة

بعد معايشة كتب الفقه من مختلف المذاهب وارتضاعها حولين كاملين .
وبعد المطالعة الدائبة في كتاب القضاء بصفة عامة ، وفي البينات وتعارضها
منه بصفة خاصة ، والآن - وإذ حان الفطام - يمكن تسجيل ما يلي :

١ - أن القضاء في الشريعة الإسلامية من الولايات العظمى التي لا يتقلدها
من الناس إلا من توفرت فيه أوصاف معينة ، فكان أهلاً لهذا المنصب
الخطير ، الذي بواسطته يؤمر بالمعروف ، وينهى عن المنكر ، وينصر
المظلوم ، ويردع الظالم عن ظلمه ، فيحصل العدل الذي به أمر الله
وأنزل هذه الشريعة الخاتمة من أجل إقامته .

٢ - وبما أن حقائق الأشياء وبواطنها لا يمكن للبشر معرفتها ، إلا بواسطة
الوحي ، وقد انقطع الوحي بموت النبي - صلى الله عليه وسلم - والناس
متعبدون بإقامة العدل - لم يكلفوا بالبواطن والحقائق ، وإنما نيّطت
الأحكام بالظواهر ، فكان من حكمة الله سبحانه أن وضع الوسائل
الظاهرة التي بها يحكم القاضي ، حتى لا تتطرق إليه التهمة في الحكم ،
ولا يكون مسؤولاً عن عدم الإصابة في الباطن ، فإذا اجتهد فأصاب
كان له أجران ، وإذا اجتهد فأخطأ كان له أجر .

٣ - ولذا فقد تبين أن البينات في القضاء ركن أساسي ، وحصن حصين لا
يستقيم القضاء إلا به .

٤ - وليس للينات عدد يحصرها ، وإنما المدار فيها على ثبوت الحق فكل ما
أثبت الحق فهو بيّنة .

٥ - كما تبين أن الخبر الذي يرد على القاضي ، إما أن يُثبت حقاً على قائله
لغيره بإقرار ، وإما أن يثبت حقاً لقائله على غيره على تقدير ثبوته
فدعوى ، وإما أن يثبت حقاً لغير قائله على غيره فشهادة .

٦ - وأن أصعب نقطتين تقفان أمام القاضي هما :
أولاً : التمييز بين المدعي والمدعى عليه ، وأحسن ضابط للتمييز بينهما : أن
البادئ بالطلب الذي لا يصدقه أصل أو عرف مدع ، والمدعى عليه
عكسه .

ثانياً : أن يكون الخصمان مدعين فتعارض بيتاهما ، وعلى القاضي أن
يحاول الجمع بينهما فإذا لم يكن الجمع لجأ إلى الترجيح .
٧ - ولذكاء القاضي ، وفطنته وممارسته للقضاء أهمية بالغة في دفع
التعارض ، وفض النزاع .

٨ - لا يتحقق التعارض إلا بعد توفر شروط معينة هي :
- اتحاد محل الحكم في البينتين ، واتحاد الزمان فيهما ، والتساوي بينهما في
القوة ، وأن تكون كل منهما حجة بجيث لو انفردت لحكم لصاحبها بها .
٩ - ثم إن محل التعارض إنما هو الحجج الظنية ، وليست القطعية محلاً له .
١٠ - والبيّنات التي يتصور تعارضها هي : الشهادة وعلم القاضي والإقرار
والقرائن ، والوثائق ، والأيمان ، وكل نوع من هذه الوسائل محتمل
للتعارض فيما بينه ، ما عدى علم القاضي فإنه لا يمكن تعارضه - عقلاً -
إلا مع غيره .

١١ - لا يقضي القاضي بمجرد علمه ، وكذلك لا يقضي بخلافه إذا عارضه
غيره من البيّنات ، وإنما يرفع القضية إلى غيره ، ويؤدي شهادته فيها .
١٢ - والمرجحات الأولية : من أصل ، وظاهر ، وعرف ، وغالب ،
واستصحاب حال ، تتعارض هي الأخرى فيما بينها كما قد تتعارض
مع غيرها .

١٣ - قد يحصل التعارض - في الظاهر - ويكون من السهل إزالته بإحدى طرق الجمع ، أو إحدى طرق الترجيح .

١٤ - إن تعارض البيانات يرتبط ارتباطاً وثيقاً بتعارض الأدلة ، ولذا يمكن استخدام كثير من الطرق التي يستخدمها الأصوليون - لدفع التعارض بين الأدلة - في دفع التعارض عن البيانات ، كالجمع عن طريق التخصيص ، أو التقييد ، أو اختلاف الحال ، أو التنويع ، وكترجيح المثبت على النافي ، والناقل عن الأصل على المستصحب له ، وصاحب الزيادة على غيره الخ .

١٥ - وإنه عند تحقق التعارض والعجز عن الترجيح بين البيانات ، لا يمكن القول بسقوطها مطلقاً ، ولا باعتبارها مطلقاً ، وإنما قد تستعمل في بعض الحالات وتلغى في بعض ، أو تؤجل ، تبعاً لظروف القضايا وطبيعتها ، ولتفاوت الحجج في القوة والضعف .

١٦ - لا يخرج استعمال البيانات المتعارضة عن إحدى طريقتين :

الطريقة الأولى : أن تستعمل بقسمة المتنازع فيه إذا كان مما يقبل القسمة .

الطريقة الثانية : أن تستعمل بالقرعة بين المتخاصمين ، ومن خرجت له القرعة حكم له بموجبها .

١٧ - وأن من ترجحت بينته بمرجح من المرجحات ، أو خرجت له القرعة أو تعين نصيبه بالقسمة لا يحلف لكمال نصابه .

١٨ - وليس تعارض البيانات إلا نوعاً من اختلافها ، ولكن الفقهاء درجوا على أن يسموا اختلاف البينتين الشاهديتين لصالح طرفين متنازعين تعارضاً واختلاف البيئة الشاهدة لطرف واحد تخالفاً .

١٩ - وأهم ما تختلف فيه البيانات هو :

أ - سبب الحق المشهود به فترد الشهادة إذا كان ذلك مما تتوقف صحة العقد فيه على تسمية البدل كالبيع مثلاً .

ب - أو جنسه أو نوعه كشهادة أحد الشاهدين بدراهم والآخر بدنانير فلا تلفق شهادتهما .

ج - أو مقداره فيثبت الأقل الذي اتفقا عليه ، وإذا كان المدعي يدعي أكثر مما شهد به أحد الشاهدين فله أن يحلف مع الشاهد الآخر ليكمل النصاب فتثبت له الزيادة .

د - أو ظرفه الزمني أو المكاني ، فتلفق الشهادة إذا كان المشهود به قولاً محضاً ، كالإنشاءات والأقارير ، لإمكان التكرار فيها ، ولا تلفق إن كان المشهود به فعلاً لأنه لا يتكرر .

وأختم بحثي هذا بما بدأته به من حمد الله تعالى على ما من به علي من إتمامه ، راجياً الله تعالى أن يوفقني ويجعل عملي خالصاً لوجهه الكريم إنه على كل شيء قدير .

وصلّى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً .

المراجع

القرآن الكريم.

آبادي، محمد شمس الحق، (١٣٨٨هـ). عون المعبود شرح سنن أبو داود، طبعة ثانية، نشر المكتبة السلفية بالمدينة المنورة .

إبراهيم، أحمد إبراهيم، (١٣٤٨هـ). طرق القضاء في الشريعة الإسلامية، المطبعة السلفية بمصر .

ابن أبي الدم، شهاب الدين إبراهيم . أدب القضاء (الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات)، طبعة ثانية، تحقيق محمد مصطفى الزحيلي، دار الفكر بدمشق .

ابن أبي شيبة، الحافظ عبدالله بن محمد . الكتاب المنصف في الأحاديث والآثار، طبعة أولى، الدار السلفية بالهند، تحقيق مختار أحمد الندوي .

ابن إسحاق، الشيخ خليل، (١٤٠١هـ). مختصر خليل، دار الفكر .

ابن الجوزي، عبدالرحمن، (١٣٨٤هـ). زاد المسير في علم التفسير، طبعة أولى، المكتب الإسلامي .

ابن الحاجب، أبو عمر عثمان، مختصر ابن الحاجب مع حاشية سعد الدين التفتازاني . وحاشية السيد الشريف الجرجاني، (١٣١٦هـ). طبعة أولى،

المطبعة الأميرية ببولاق

ابن السبكي، عبدالوهاب تاج الدين، (١٣٥٦هـ). جمع الجوامع، طبعة ثانية، مصطفى الحلبي بمصر

ابن الشحنة، إبراهيم بن محمد . لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبوع بهامش معين الحكام للطرابلسي، طبعة ثانية، البابي الحلبي .

ابن العربي، محمد بن عبدالله، (١٣٨٧هـ). أحكام القرآن، طبعة ثانية، عيسى البابي الحلبي .

ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد الكمال، (١٣١٦هـ). فتح القدير، طبعة أولى، الأميرية، بولاق.

أبن أمير الحاج، محمد بن محمد، (١٣١٧هـ). التقرير والتحجير، طبعة أولى، المطبعة الأميرية ببولاق.

ابن تيمية، أبو البركات مجد الدين عبد السلام، (١٣٦٩هـ). المحرر في الفقه، ومعه النكت والفوائد السنية لابن مفلح، مطبعة السنة المحمدية.

ابن تيمية، أحمد. مجموع فتاوي شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، طبعة الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين بأمر خادم الحرمين الشريفين.

ابن حزم، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد. المحلى، طبعة دار الفكر.

ابن رجب. أبو فرج زين الدين. القواعد في الفقه الإسلامي، بيروت: دار المعرفة.

ابن رشد الحفيد، أبو الوليد محمد، (١٣٩٠هـ). بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مكتبة الكليات الأزهرية.

ابن رشد، محمد بن أحمد أبو الوليد، (١٤٠٤هـ). البيان والتحصيل، طبعة أولى، بيروت: دار الغرب الإسلامي.

ابن سليمان، عبد الرحمن بن محمد (المعروف بداماد). مجمع الأنهر في شهر ملتقى الأبحر، بيروت: مطبعة دار إحياء التراث العربي.

ابن عابدين، محمد أمين، (١٣٦٦هـ). رد المحتار على الدر المختار، طبعة ثانية، تصوير دار الفكر.

ابن عبد البر، أبو عمرو يوسف، (١٣٩٨هـ). الكافي في فقه أهل المدينة، طبعة أولى، مكتبة الرياض الحديثة، تحقيق محمد أحمد الموريتاني.

ابن عبد السلام، عز الدين، (١٣٨٨هـ). قواعد الأحكام في مصالح الأنام، بتعليق طه عبدالرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية.

ابن عبد الشكور، محب الله. مسلم الثبوت، مع شرحه فواتح الرحموت لعبد العلي محمد بن نظام الدين الأنصاري، مطبوع بحاشية المستصفي للغزالي، بيروت: دار العلوم الحديثة.

ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن زكريا ، (١٣٩١هـ) . معجم مقاييس اللغة ، طبعة ثانية ، تحقيق عبدالسلام هارون .

ابن فرحون ، برهان الدين إبراهيم بن علي ، (١٣٥١هـ) . الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب ، طبعة أولى ، نشر عباس شقرون بمصر .
ابن فرحون ، برهان الدين إبراهيم . تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، بيروت : مطبوع بهامش فتح العلي المالك لعليش ، دار المعرفة .

ابن قاسم ، عبدالرحمن ، (١٤٠٣هـ) . حاشية ابن قاسم على الروض المربع ، الطبعة الثانية .

ابن قاضي شهبه ، أبو بكر بن أحمد تقي الدين ، (١٤٠٧هـ) . طبقات الشافعية ، طبعة أولى ، بيروت : عالم الكتب .

ابن قدامة ، أبو الفرج شمس الدين عبدالرحمن . الشرح الكبير ، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبدالله ، (١٣٩٩هـ) . الكافي ، الطبعة الثانية ، بيروت : المكتب الإسلامي .

ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبدالله ، (١٤٠١هـ) . المغني ، مكتبة الرياض الحديثة .

ابن قدامة ، أبو محمد موفق الدين عبدالله . المقنع ، المؤسسة السعودية .

ابن قطلوبغا ، أبو العدل زين الدين قاسم ، (١٩٦٢م) . تاج التراجم في طبقات الحنفية ، بغداد : مطبعة العاني .

ابن قيم الجوزية ، أبو عبدالله محمد . أعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب الحديثة بعابدين ، تحقيق عبدالرحمن الوكيل .

ابن قيم الجوزية ، أبو عبدالله محمد . الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ، بيروت : طبعة دار الكتب العلمية ، بتحقيق محمد حامد الفقي .

ابن كثير ، إسماعيل . تفسير القرآن العظيم ، طبعة عيسى البابي الحلبي .

ابن مالك ، أبو عبدالله جمال الدين بن محمد . الألفية، مع شرحها للأشموني،
ومعها الشواهد للعيني ، طبعة عيسى الحلبي وشركاه .

ابن مفلح ، إبراهيم بن محمد ، (١٤٠٠هـ) . المبدع شرح المقنع ، المكتب
الإسلامي للطباعة والنشر لزهير الشاويش .

ابن مفلح ، شمس الدين أبو عبدالله محمد ، (١٤٠٢هـ) . كتاب الفروع ،
الطبعة الثالثة ، بيروت : عالم الكتب .

ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم . لسان العرب ، طبعة
دار لسان العرب .

ابن نجيم ، زين العابدين ، (١٤٠٠هـ) . الأشباه والنظائر ، بيروت : طبعة
دار الكتب العلمية .

ابن نجيم ، زين العابدين . البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، الطبعة الأولى ،
المطبعة العلمية .

أبو السعود ، منلا . إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن العظيم ، بيروت : دار
إحياء التراث العربي .

أبو الوفاء ، محي الدين ، (١٣٩٨هـ) . الجواهر المضيئة في طبقات الحنفية ،
تحقيق عبدالفتاح محمد الحلو ، مطبعة عيسى الحلبي .

أبو حيان ، محمد بن يوسف . البحر المحيط ، نشر مطابع النصر الحديثة
باليراض .

أبو العينين ، بدران ، (١٩٧٤م) . أدلة التشريع المتعارضة ، طبعة مؤسسة
الشباب .

أفندي ، محمد علاء الدين ، (١٣٨٦هـ) . قرّة عيون الأخبار (تكملة رد
المحتار) ، طبعة ثانية ، مصطفى الحلبي بمصر .

الآبي الأزهري ، صالح عبدالسميع . جواهر الإكليل شرح مختصر خليل ،
بيروت : دار المعارف .

الأتاسي ، خالد بن محمد . شرح مجلة الأحكام العدلية .

الأسيوطي، محمد بن أحمد المنهاجي . جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود .

الاشتياني، الحاج ميرزا محمد حسن . القضاء والشهادات .
الألوسي، أبو الفضل شهاب الدين . روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، بيروت : طبعة دار إحياء التراث العربي .

الإمام أحمد بن حنبل . مسند الإمام أحمد بن حنبل، ترتيب أحمد بن عبد الرحمن البناء المسمى «الفتح الرباني ومعه بلوغ الأمان»، طبعة دار إحياء التراث العربي .

الإمام مالك بن أنس . الموطأ، طبعة الحلبي، تصوير دار التراث العربي بترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .

الآمدي، أبو الحسين سيف الدين علي بن علي، (١٤٠٠هـ) . الإحكام في أصول الأحكام، بيروت : دار الكتب العلمية .

الأنصاري، عبد العلي محمد بن نظام الدين . فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، مطبوع مع المستصفى، بيروت : طبعة دار العلوم الحديثة .
الباجي، أبو الوليد سليمان، (١٣٣٢هـ) . المتقى شرح الموطأ، طبعة أولى، مطبعة السعادة بمصر .

البخاري، عبد العزيز، (١٣٩٤هـ) . كشف الأسرار عن أصول البزدوي، بيروت : دار الكتاب العربي .

البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري مع فتح الباري، لابن حجر، المطبعة السلفية، ترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .

البرزنجي، عبد اللطيف، (١٣٩٧هـ) . التعارض والترجيح بين الأدلة الشرعية، طبعة أولى، بغداد : مطبعة العاني .

البغدادي، غانم . ملجأ القضاة عند تعارض البيّنات، مخطوط رقم ٢٩، الرياض : مكتبة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية .

البغوي، أبو محمد الحسين بن مسعود (١٣٩٦هـ) . شرح السنة، طبعة أولى، تحقيق شعيب الأرنؤوط، المكتب الإسلامي .

البهوتي، منصور بن إدريس، (١٣٦٦هـ). شرح منتهى الإرادات، مطبعة أنصار السنة المحمدية.

البهوتي، منصور بن إدريس، (١٣٩٤هـ). كشف القناع عن متن الإقناع، مطبعة الحكومة بمكة المكرمة.

البهي، أحمد عبد المنعم، (١٩٦٥م). من طرق الإثبات في الشريعة والقانون، طبعة أولى، دار الفكر العربي.

البيضاوي، ناصر الدين بن محمد. منهاج الوصول إلى علم الأصول، طبعة المكتبة السلفية.

البيهقي، أحمد بن الحسين. السنن الكبرى، طبعة دار الفكر.

التاودي، أبو عبد الله محمد، (١٣٩٧هـ). حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم، طبعة ثالثة، بيروت : دار المعرفة.

الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى (١٣٩٤هـ). الجامع الصحيح، طبعة ثانية، دار الفكر، بتحقيق عبد الرحمن محمد عثمان.

التسولي، علي بن عبد السلام، (١٣٩٨هـ). البهجة في شرح التحفة، طبعة ثالثة، بيروت : دار المعرفة.

التنبكتي، أحمد بابا. نيل الابتهاج بتطريز الديباج، مطبوع بهامش الديباج المذهب.

الجرجاني، أبو الحسن السيد الشريف علي بن محمد. كتاب التعريفات، بيروت : نشر مكتبة لبنان.

الخصاص، أحمد بن علي. أحكام القرآن، بيروت : طبعة دار الكتاب العربي.

الجوهري، أبو نصر إسماعيل بن حماد، (١٣٩٩هـ). الصحاح، طبعة ثانية، بيروت : دار العلم للملايين.

الجويني، أبو المعالي عبد الملك. الورقات لإمام الحرمين، وشرحها للعبادي، مطبوع بهامش إرشاد الفحول للشوكانبي، بيروت : طبعة دار المعرفة.

الحاكم، أبو عبدالله محمد. المستدرک علی الصحیحین، وبذیلہ التلخیص
للحافظ الذہبی، حلب: نشر مکتب المطبوعات الإسلامیة.
الحصري، (١٣٩٧هـ). علم القضاء، مکتبة الکلیات الأزهریة، .
الحصکفی، علاء الدین محمد بن علی. شرح الدر المختار، مطبعة محمد
علي صبیح، مصر.
الخطاب، أبو عبدالله محمد بن محمد. مواهب الجلیل لشرح مختصر خلیل،
مکتبة النجاح، لیبیا.
الحنبلی، أبو الفلاح عبدالحی ابن العماد. شذرات الذهب فی أعیان من ذهب،
بیروت: نشر دار الآفاق.
الحنبلی، الشیخ جمیل، (١٣٣٩هـ). مختصر طبقات الحنابلة، دمشق،
مطبعة الترقی.
الخرشي، محمد بن عبدالله. الخرشي علی مختصر خلیل، وبهامشه حاشیة
العدوي أبو الحسن نورالدین، بیروت: دار صادر.
الخطابی، محمد بن إبراهیم، (١٣٥٢هـ). معالم السنن، طبعة أولى، طبع
وتصحیح محمد راغب الطباخ بحلب.
الخطیب البغدادی. شرف أصحاب الحديث، تحقیق محمد سعید أوغلي،
طبعة دار إحياء السنة.
الدارقطني، علي بن عمر. سنن الدارقطني، وبذيله التعليق المغني علی
الدارقطني لمحمد شمس الحق، تحقیق عبدالله هاشم یمانی، القاهرة:
دار المحاسن للطباعة.
الدردیر، أحمد بن محمد. الشرح الصغير علی أقرب المسالك، دار المعارف
بمصر.
الدسوقي، محمد بن عرفه، (١٩٧٤م). حاشیة الدسوقي علی الشرح الكبير،
عیسی الحلبي وشركاه.
الرازي، فخرالدین محمد بن عمر، (١٤٠٠هـ). المحصول فی علم الأصول،
طبعة جامعة الإمام، بتحقیق طه جابر العلوانی .

الرازي، محمد بن أبو بكر، (١٤٠٥هـ). مختار الصحاح، طبعة مؤسسة دار علوم القرآن.

الرافعي، أبو القاسم عبد الكريم. فتح العزيز شرح الوجيز. مطبوع بهامش المجموع للنووي.

الركبان، عبدالله، (١٤٠١هـ). النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، طبعة أولى، بيروت : مؤسسة الرسالة.

الرملي، خير الدين، (١٣١١هـ). الفتاوى الخيرية لنفع البرية، طبعة عثمانية، دار سعادات.

الرملي، محمد بن أحمد بن حمزة. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. نشر المكتبة الإسلامية لرياض الشيخ.

الرهاوي، أبو زكريا شرف الدين المصري، (١٣١٥هـ). حاشية الرهاوي، على شرح المنار لابن ملك، طبعة دار سعادات عثمانية.

الزبيدي، أبو الفيض المرتضى محمد بن محمد، (١٣٨٦هـ). تاج العروس، بيروت : دار صادر.

الزحيلي، محمد مصطفى، (١٤٠٢هـ). وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، طبعة أولى، مكتبة دار البيان.

الزحيلي، وهبة، (١٣٨٥هـ). الوسيط في أصول الفقه، طبعة جامعة دمشق.

الزرقاء، مصطفى، (١٣٨٧هـ). المدخل الفقهي العام، دمشق : مطبعة طربين.

الزركلي، خير الدين، (١٩٨٤م). الأعلام، طبعة سادسة، بيروت : دار العلم للملايين.

الزمخشري، محمود بن عمر، (١٣٩٩هـ). أساس البلاغة، بيروت، دار صادر.

الزيلي، أبو عمر عمر عثمان بن علي، (١٣١٤هـ). تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، طبعة أولى، بولاق .

السبكي، تاج الدين أبو نصر عبد الوهاب، (١٣٨٨هـ). طبقات الشافعية، طبعة أولى، الحلبي وشركاه .

السجستاني، سليمان ابن الأشعث، (١٣٨٩هـ). صحيح سنن المصطفى (سنن أبي داود)، مع بذل المجهود في حل أبي داود، طبعة أولى، دار الحديث .

السرخسي، أبو بكر شمس الأئمة محمد بن أحمد، (١٣٩٣هـ). أصول السرخسي، طبعة دار المعرفة، بيروت : تحقيق أبو الوفاء الأفغاني .
السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل . المبسوط، طبعة ثانية، بيروت : دار المعرفة .

السماكية، مجيد حميد . حجة الإقرار في الأحكام القضائية .
السمناني، محمد بن أحمد، (١٣٨٩هـ). روضة القضاة وطريق النجاة، بغداد : مطبعة أسعد .

السيد سابق، (١٤٠٥هـ). فقه السنة، بيروت : دار الكتاب العربي .
السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، (١٤٠٣هـ). الأشباه والنظائر، الطبعة الأولى، بيروت : دار الكتب العلمية .

السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين . الدر المنثور في التفسير بالمأثور، بيروت : نشر محمد أمين .

الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى . الموافقات في أصول الأحكام، طبعة دار الفكر .

الشافعي، الإمام محمد بن إدريس، (١٣٩٣هـ). الأم، طبعة ثانية، دار المعرفة .

الشربيني، محمد الخطيب . مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج، نشر دار الفكر .

الشنقيطي، محمد الأمين بن محمد المختار، (١٤٠٣هـ). أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، طبعة الأمير أحمد بن عبدالعزيز.
الشنقيطي، محمد الأمين. مذكرة أصول الفقه، المدينة المنورة : نشر المكتبة السلفية.

الشوكاني، محمد بن علي. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، بيروت : دار المعرفة.

الشوكاني، محمد بن علي، (١٤٠٣هـ). فتح القدير الجامع بين الدراية والرواية من علم التفسير، طبعة دار الفكر.

الشوكاني، محمد بن علي، (١٢٥٠هـ). نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، طبعة دار الفكر.

الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يوسف، (١٣٧٩هـ). المذهب، الطبعة الثانية، الحلبي بمصر.

الشيرازي، أبو إسحاق إبراهيم بن علي، (١٤٠٥هـ). اللمع في أصول الفقه، طبعة أولى، بيروت : دار عالم الكتب العلمية.

الصاوي، أحمد، (١٣٧٢هـ). بلغة السالك لأقرب المسالك، الحلبي بمصر.
الصنعاني، محمد بن إسماعيل. سبل السلام شرح بلوغ المرام، تعليق محمد سلامة، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

الطبري، محمد بن جرير، (١٣٩٢هـ). جامع البيان في تفسير القرآن، طبعة ثانية، بيروت : دار المعرفة.

الطرابلسي، علاء الدين علي بن خليل، (١٣٩٣هـ). معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، طبعة ثانية، البابي الحلبي.

العدوي، حاشية أبي الحسن نور الدين العدوي على كفاية الطالب العدوي، دار الفكر.

العسقلاني، أحمد بن شهاب الدين بن حجر. الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، بتحقيق محمد جاد الحق، طبعة دار الكتب الحديثة بمصر.

العسقلاني، أحمد بن شهاب الدين بن حجر . تقريب التهذيب ، تحقيق
عبد الوهاب عبداللطيف ، بيروت : طبعة دار المعرفة .

العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر . بلوغ المرام من أدلة الأحكام ، تحقيق
رضوان محمد رضوان ، طبعة الشيخ راشد الجدوع .

العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر . فتح الباري شرح صحيح البخاري ،
المطبعة السلفية .

العسقلاني، أحمد بن علي شهاب الدين بن حجر ، (١٣٢٨هـ) . الإصابة
في تمييز الصحابة ، طبعة أولى ، مطبعة السعادة بمصر .

الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد . المستصفى من علم الأصول ، بيروت :
نشر دار العلوم الحديثة .

الغزالي ، أبو حامد محمد . الوجيز في فقه الإمام ، مطبعة حوش قدم
بالغورية .

الفاسي ، محمد بن أحمد ميارة . الإتيان والإحكام شرح تحفة الأحكام ،
وبهامشه حاشية ابن رحال ، القاهرة ، مطبعة الاستفاد .

الفايز ، إبراهيم بن محمد ، (١٤٠٢هـ) . الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي ،
طبعة أولى .

الفيروزابادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب . القاموس المحيط .

الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي المقرئ . المصباح المنير في غريب الشرح
الكبير للرافعي ، طبعة قديمة .

القاضي عياض ، (١٣٨٧هـ) . ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام
مذهب مالك ، تحقيق أحمد بكير محمود ، بيروت : نشر مكتبة الحياة .

القرافي ، أحمد شهاب الدين . أنوار البروق في أنواء الفروق ، بيروت :
نشر عالم الكتب .

القرافي ، أحمد شهاب الدين ، (١٣٨٧هـ) . الأحكام في تمييز الفتاوى عن
الأحكام وتصرفات القاضي والإمام ، مكتبة المطبوعات الإسلامية بحلب ،
تحقيق عبدالفتاح أبوغده .

القرطبي ، محمد بن أحمد بن أبي بكر الأندلسي ، (١٣٨٧هـ) . الجامع
لأحكام القرآن ، طبعة ثالثة ، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر .
القزويني ، محمد بن يزيد . سنن ابن ماجه ، دار إحياء التراث ، تحقيق وترقيم
محمد فؤاد عبد الباقي .
القشيري ، مسلم بن الحجاج . صحيح مسلم ، دار إحياء التراث العربي ،
تحقيق وترقيم محمد فؤاد عبد الباقي .
الكاساني ، علاء الدين أبو بكر بن مسعود ، (١٤٠٢هـ) . بدائع الصنائع في
ترتيب الشرائع ، طبعة ثانية ، بيروت : دار الكتاب العربي .
الكرخي ، أبو الحسن عبيد الله . قواعد الكرخي ، القاهرة : مطبوع مع تأسيس
النظر لأبي زيد عبيد الله بن عمر الدبوسي ، مطبعة الإمام .
الكلبي ، محمد بن أحمد ابن جزى . القوانين الفقهية ، مكة المكرمة : نشر
عباس أحمد الباز .
الكنوي ، محمد عبد الحفي ، (١٣٢٤هـ) . الفوائد البهية في تراجم الحنفية ، طبعة
أولى ، مطبعة السعادة بمصر .
الماوردي ، أبو الحسن علي بن محمد ، (١٣٩٣هـ) . أدب القاضي ، تحقيق
محيي هلال السرحان ، بغداد : مطبعة العاني .
المراغي ، عبد الله مصطفى ، (١٣٩٤هـ) . الفتح المبين في طبقات الأصوليين ،
طبعة ثانية ، بيروت : نشر محمد أمين وشركاه .
المردواي ، أبو الحسن علاء الدين علي بن سليمان ، (١٣٧٢هـ) . التحرير ،
مع شرحه الكوكب المنير لابن النجار الفتوحى محمد بن أحمد ، طبعة
أولى ، القاهرة : مطبعة السنة المحمدية .
المطيعي ، محمد نجيب . تكملة المجموع ، نشر مكتبة الإرشاد بالسعودية .
المعجم الوسيط لجماعة ، طبعة استانبول .
المقدسي ، موفق الدين بن قدامة . روضة الناظر وجنة المناظر ، طبعة جامعة
الإمام ، بتحقيق عبدالعزيز السعيد .

المواق، محمد بن يوسف . التاج والإكليل لمختصر خليل، مطبوع بهامش مواهب الجليل، تصوير مكتبة النجاح، ليبيا .

النسائي، أحمد بن شعيب، . سنن النسائي، بشرح السيوطي مع حاشية السندي، بيروت : دار إحياء التراث العربي .

النسفي، أبو البركات عبدالله بن أحمد، (١٣١٥هـ) . المنار، طبعة دار سعادات العثمانية .

النفراوي، أحمد بن غنيم، (١٣٨٤هـ) . الفواكه الدواني على رسالة ابن أبو زيد القيرواني، طبعة الثالثة، الحلبي بمصر .

النووي، أبو زكريا محي الدين، (١٣٩٥هـ) . روضة الطالبين، نشر المكتبة الإسلامية .

النووي، أبو زكريا محي الدين، (١٣٦٧هـ) . فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، الحلبي بمصر .

الهيثمي، ابن حجر . تحفة المحتاج بشرح المنهاج، مطبوع بهامش حواشي الشرواني وابن قاسم العبادي عليه، بيروت : دار صادر .

الهيثمي، ابن حجر، (١٣٧١هـ) . فتح الجواد بشرح الإرشاد، الطبعة الثانية، الحلبي بمصر .

الهيثمي، نور الدين بن علي، (١٤٠٢هـ) . مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، طبعة الثالثة، دار إحياء الكتاب العربي .

باشا، إسماعيل . إيضاح المكنون في الذيل على كشف الظنون على أسامي الكتب والفنون، بغداد : طبع مكتبة المثني .

حاجي خليفة مصطفى بن عبدالله . كشف الظنون عند أسامي الكتب والفنون، بغداد : طبع مكتبة المثني .

حمزة، محمود (مفتي الشام) . الطريقة الواضحة إلى البيئة الراجحة .

حيدر، علي . درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، بيروت : طبعة مكتبة النهضة .

ديوان أبي الطيب المتنبي . بيروت : طبعة دار صادر .

ديوان الشماخ بن ضرار ال-بياني . تحقيق صلاح الدين الهادي ، طبعة دار المعارف بمصر .

زيدان ، عبدالكريم ، (١٤٠٤هـ) . نظام القضاء في الشريعة الإسلامية ، طبعة أولى ، بغداد : مطبعة العاني .

عبدالبر ، يوسف بن عبدالله ، (١٣٢٨هـ) . الاستيعاب ، مطبوع بهامش الإصابة ، طبعة أولى ، مطبعة السعادة بمصر .

عبدالله ، محمد جمعة ، (١٣٩٧هـ) . الكواكب الدرية ، طبعة ثانية ، مكتب الكليات الأزهرية .

عليان ، شوكت ، (١٣٩٨هـ) . الوجيز في الدعوى والإثبات ، طبعة أولى ، الدار العربية للطباعة والنشر .

عlish ، محمد . فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك ، وبهامشه تبصرة الأحكام لابن فرحون ، بيروت : نشر دار المعرفة .

عمر بن عبدالعزيز (الصدر الشهيد) ، (١٣٩٨هـ) . شرح أدب القاضي للخصاف ، طبعة أولى ، تحقيق محيي هلال السرحان ، بغداد : الدار العربية للطباعة .

عوض ، السيد صالح ، (١٤٠٤هـ) . دراسات في التعارض والترجيح عند الأصوليين ، طبعة أولى ، دار الطباعة المحمدية بمصر .

فنسنك . مفتاح كنوز السنة ، ترجمة محمد فؤاد عبدالباقي . قاضي زادة ، أحمد بن محمود ، (١٣١٨هـ) . نتائج الأفكار (تكملة فتح القدير) ، طبعة أولى ، بولاق .

قراعة ، علي ، (١٣٣٩هـ) . الأصول القضائية في المرافعات الشرعية ، مطبعة الرغائب .

كحالة ، محمد رضا ، (١٣٨٠هـ) . معجم المؤلفين ، دمشق : مطبعة الترقى . مجلة الأحكام العدلية . طبعة كراجي .

محمد علي مفتي المالكية، تهذيب الفروق، مطبوع بهامش الفروق، بيروت: نشر عالم الكتب.

منلا خسرو، محمد بن فراموز، (١٣١٧هـ). الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، طبعة ثانية، الشركة الصحافية العثمانية. منلا مسكين. فتح المعين.

هرموش، محمود، (١٤٠٦هـ). القاعدة الكلية إعمال الكلام أولى من إهماله وأثرها في الأصول، طبعة أولى، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.

الرسائل العلمية

العمار، عبدالله. القرعة ومجالات تطبيقها في الفقه الإسلامي، (رسالة دكتوراة)، قسم الفقه، كلية الشريعة، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

المطلق، عبدالله. التعارض والترجيح بين الأدلة التشريعية، (رسالة ماجستير)، المعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، بالرياض.

المطير، عبدالرحمن. تعارض الأقوال والأفعال وتحقيق كتاب (تفصيل الإجمال في تعارض الأقول والأفعال) للعلائي، (رسالة ماجستير)، كلية الشريعة، قسم الأصول، جامعة الإمام، الرياض.

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس

www.moswarat.com

www.moswarat.com

رَفَعُ

عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

الأشراج التي والنباتات - مطبوع لمكتبة دار الفقه العربية للعلوم العامة - الرياض - هاتف: ٢٤٦٠٠٤٥